أثر الـواقـع في تطـور العقـود المـــالية في الفقـــه الإسلامـــي

نماذج من العقود المستحدثة

الدكتور عبد اللَّه الشرقاوي



شركة أبناء شريف الأنصاري
للطباعة والنشر والتوزيع
صيدا - بيروت - لبنان

• المكتبة العصرية
الخندق الغميق - ص.ب: 11/8355
تلفاكس: 655015 - 632673 - 659875 1 00961
بيروت - لبنان

• الدار النموذجية
بوليفار د. نزيه البزري - ص.ب: 221
تلفاكس: 720624 - 729259 - 729261 7 00961
صيدا - لبنان

• المطبعة العصرية
كفر جرة - طريق عام صيدا جزين
07 230195 - 230841 7 00961
تلفاكس: 655015 - 632673 - 659875 1 00961
صيدا - لبنان

الطبعة الأولى
1437 هـ - 2016

E. Mail
alassrya@terra.net.lb
alassrya@cyberia.net.lb
info@alassrya.com

موقعنا على الإنترنت
www.alassrya.com

الإهـــداء

إلى والدتي الحبيبة أسأل اللَّه عزّ وجلّ أن يختم لها بالأعمال الصالحة وأن يتقبل منها ما أنفقت من حياتها ومالها في تكويني وترشيدي إلى رفقة الصالحين.

وإلى روح والدي الذي رباني بالحكمة ورافقني إلى المسجد وحبب إليّ منذ طفولتي صحبة الرجال.

وإلى زوجي وأبنائي الذين صبروا على عناء البحث وانشغالي عنهم.

وإلى إخوتي الذين موّلوا مسيرة تعليمي الطويلة.

وإلى شيوخي الذين أناروا الدروب وفتحوا مغالق ما استعصى من العلم.

وإلى الذين شجعوا على طبعه وإخراجه ليعم النفع لأمة الإسلام.

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع وأسأل اللَّه أن يرحم الموتى ويبارك في الأحياء.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـة

إن الحمد للَّه نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ باللَّه
من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا
من يهده اللَّه فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له،
وأشهد أن لا إله إلا اللَّه وحده لا شريك له
وأشهد أن محمدا عبده ورسوله

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾(١).

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴾(٢).

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا * يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَٰلَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴾(٣).

إن موضوع الكتاب: «**أثر الواقع في تطور العقود المالية في الفقه الإسلامي، نماذج من العقود المالية المستحدثة**»، يهدف أساسا إلى دراسة الكيفية التي ضبط بها الفقه الإسلامي، المستجدات من العقود المالية التي تتطور بسبب التفاعلات الاقتصادية بين الأمم والشعوب، على اختلاف شرائعها وأديانها، لاسيما في هذا العصر الذي انفتح فيه العالم الإسلامي على الغرب، يستورد منه ـ بجانب السلع ـ النظم الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مما يستلزم من الفقيه تتبع المتغيرات في سلوك الأفراد والجماعات لإعطاء الحكم المناسب لها شرعاً. وقد اشتمل الفقه الإسلامي على قواعد عامة مرنة لها القدرة بذاتها لتتبع أي تطور في سلوك الأفراد والجماعات في جميع التصرفات القولية والفعلية(٤).

---

(١) سورة النساء الآية (١).
(٢) سورة آل عمران الآية (١٠٢).
(٣) سورة الأحزاب الآيتان (٧١ ـ ٧٢).
(٤) لا يتأتى هذا العمل إلا من خلال الملكة الفقهية والدراية العلمية والعملية للفقيه وقدرته على

في ضوء هذه القواعد الشرعية وصلتها بالواقع المتغير، صنف جمهور الفقهاء العقود في قسم العادات؛ التي يغلب عليها الاستحداث والتطور؛ بخلاف قسم العبادات؛ الذي يعتبر الأصل فيه التوقيف والتعبد، قال في ذلك ابن تيمية رحمه اللَّه: «البيع والهبة والإجارة وغيرها من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم ـ كالأكل؛ والشرب؛ واللباس ـ فإن الشريعة قد جاءت في هذه العادات بالآداب الحسنة، فحرمت منها ما فيه فساد؛ وأوجبت ما لابد منه؛ وكرهت ما لا ينبغي؛ واستحبت ما فيه مصلحة راجحة؛ في أنواع هذه العادات ومقاديرها وصفاتها.

وإذا كان كذلك؛ فالناس يتبايعون ويستأجرون كيف شاءوا؛ ما لم تحرم الشريعة، كما يأكلون ويشربون كيف شاءوا؛ ما لم تحرم الشريعة. وإن كان بعض ذلك قد يستحب أو يكون مكروها، وما لم تحد الشريعة في ذلك حداً؛ فيبقون فيه على الإطلاق الأصلي»[1].

إذاً فالعقود المسماة في الفقه الإسلامي، لم تسم على سبيل الحصر، بحيث لا يمكن استحداث عقود أخرى، وإنما الأصل فيها الجواز. ولا يشترط في إباحة عقد من العقود ورود النص في إباحته، وإنما الواجب أن لا يرد النص في منعه أو يتناقض مع أصول الشريعة وقواعدها العامة.

وقدحاولت في هذا الكتاب أن أحصر الأصول الشرعية العامة التي شدد فيها الفقه الإسلامي في منع عقد من العقود المالية في ثلاثة أصول وهي:

الأصل الأول: الربا، لكونه أشد العقود فساداً، ولأن أغلب العقود التي منعها الفقهاء كانت بعلة الربا أو شبهته لكونه ظلماً محققاً ومعيناً.

والجدير بالملاحظة في هذا الأصل، أن الفقهاء اتفقوا على حكم الربا الذي هو التحريم، لكن اختلفوا في تحديد منطقته في الأموال، مما جعلني في هذا الكتاب أرجح الجواز في بعض العقود المختلف في حكمها، بسبب علة الربا، لأن الحكم يثبت بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محله.

الأصل الثاني: الغرر، وهو أقل فساداً من الربا، لذلك أبيح منه ما تدعو الحاجة إليه، وهو مقسم إلى ثلاثة أنواع:

١ ـ نوع متفق على تحريمه، وهو المنصوص عليه في السنة الصحيحة.

الاستنباط والمواءمة بين النصوص والواقع، وهذه مهارة زائدة على فهم النصوص وضبطها بتمكين الفقيه بواسطة القواعد العامة من متابعة الوقائع المتغيرة بالأحكام المناسبة.

(١) مجموع الفتاوي الكبرى ٢٩/١٨.

٢ ـ نوع معفو عنه بالاتفاق، وهو القليل الذي لايمكن الاحتراز منه أو لا يترتب عنه أكل أموال الناس بالباطل. وشدد الفقه في الغرر في عقود العوض، وتساهل في عقود التبرع لإبعاد شبهة الغبن، وهو مذهب المالكية، لقاعدة: أن جميع التبرعات لا يؤثر الغرر في صحتها[١].

٣ ـ نوع مختلف فيه، لتردده بين الكثير الممنوع والقليل المعفو عنه. والفقه المالكي أعمق بحثاً وواقعية في هذا النوع من الغرر من المذاهب الأخرى.

الأصل الثالث: تعدد الصفقة، وحقيقة هذا الأصل ترجع إلى الأصل الأول الذي هو الربا. والمذهب الحنفي أكثر المذاهب تشدداً في تعدد الصفقة، حيث يستدلون بحديث: نهى رسول اللَّه ﷺ عن بيع وشرط.

وقد بينت في هذا الكتاب عدم صحة هذا الحديث عند المحدثين ونقاده، مما جعل الفقه المالكي والحنبلي يتجاوزان تعدد الصفقة لعدم صحة الحديث أو تأويله على فرض صحته، بشرط يناقض المقصود من العقد وهذا واضح في المذهب المالكي.

ومن بين أدلة المانعين لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك، تعدد الصفقة في العقد الواحد، والمالكية والحنابلة تجاوزوا هذا الأصل لاسيما اجتماع عقد البيع مع عقد الإيجار لتنافي التضاد بينهما.

والمالكية عددوا العقود التي لا يجوز الجمع بينها وبين البيع، واستثنوا منها الإجارة وهي: عقد الصرف والجعل والشركة والمساقاة والقراض والنكاح ووضعوا لها رمزاً (جص مشنق)، لكونها متضادة مع عقد البيع[٢].

قال بعضهم:

عقود منعناها مع البيع ستة ويجمعها في اللفظ جص مشنق
فجعل وصرف والمساقاة شركة نكاح قراض منع هذا محقق[٣]

وبعد ذلك ميزت بين الصيغ المقبولة فقهياً في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك، مع التأصيل الشرعي لذلك، والصيغ الممنوعة كذلك. وهي المنقولة كما هي في البيئة الغربية، خاصة في القانون الإنجليزي. وأكثر الفتاوى التي تحرم هذا العقد مبنية على هذا النوع.

---

(١) انظر الفروق للقرافي/الفرق ٢٤.
(٢) مواهب الجليل ٥/٣٣٨ ـ ٣٣٩.
(٣) مواهب الجليل ٥/٣٣٨ ـ ٣٣٩.

* الدوافع والأهمية:

لقد دفعني إلى البحث في هذا الموضوع، حاجة المجتمع المسلم إلى معرفة الحكم الشرعي للعقود المستحدثة، لاسيما المستوردة من البيئة الغربية التي لا تفرق بين الحلال والحرام.

فأدركت من خلال ذلك قيمة البحث في هذا الموضوع. وأغلب ما اطلعت عليه لم تربط فيه الفروع بالأصول العامة.

أما البحث الذي بين أيدينا، فيربط بين الأصول المتحكمة في جميع العقود، ويتناول بعض العقود التطبيقية، مثل البيع بالتقسيط مع الزيادة في الثمن مقابل الأجل؛ والبيع بالمرابحة للآمر بالشراء؛ وعقد الإيجار المنتهي بالتمليك؛ وحكم مالية بعض الأشياء المستحدثة، مثل جراثيم المختبرات...

وقد حضرت في أحد المؤتمرات في الاقتصاد الإسلامي سنة ١٩٩٨ بالبيضاء، والتقيت بمجموعة من الشيوخ، منهم الدكتور يوسف القرضاوي والدكتور سامي حمود وغيرهما، وشجعت لمتابعة البحث في هذا الموضوع، حتى أخرجته في هذه الصورة التي أعتبرها بداية في هذا الباب[١].

* خطة البحث:

لقد قسمت الكتاب إلى مقدمة وثلاثة أبواب وخاتمة:

تناولت في المقدمة التصور العام للبحث؛ والدافع إلى اختياري هذا الموضوع، والمنهجية المتبعة في تناول أبوابه وفصوله ومباحثه.

أما الباب الأول فعنوانه

أثر الواقع في تطور حرية التعاقد

ركزت في هذا الباب على تحرير مصطلحات البحث ومعاني مفرداته وأثر الواقع في تطور تلك المعاني.

وتناولت أيضا كيف حرر الفقه الإسلامي انطلاقاً من الكتاب والسُّنة، حرية التعاقد، وضبطها بالتعادل بين الغنم والغرم. وقارنت ذلك بالقانون الوضعي لإبراز

---

(١) انعقدت الندوة في فندق شيراتون بالدار البيضاء من تنظيم الجمعية المغربية للدراسات والبحوث في الاقتصاد الإسلامي والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب البنك الاسلامي للتنمية. تحت عنوان التطبيقات الإقتصادية الإسلامية المعاصرة أيام ٥ ـ ٨ ماي ١٩٩٨.

مدى تقدم الفقه الإسلامي عليه في نشأة العقود، حيث يتميز الفقه بالدقة في المصطلحات والتعاريف والموضوعية.

وقسمت هذا الباب إلى ستة فصول، كل فصل يشتمل على مباحث، وفي بعضها مطالب إذا اقتضى الحال ذلك، وهي:

في الفصل الأول، تعرضت لمفهوم الواقع لغة واصطلاحاً؛ وعلاقة المعاني التي يحملها اللفظ اللغوي بالإصطلاحي، لأن المفاهيم تنشأ من المعاني، والمفاهيم هي أصل الأفكار.

وبينت في الفصل الثاني، مفهوم الواقعية في الشريعة والفقه.

وفي الفصل الثالث، مفهوم العقد وصلته بالواقع، حيث ركزت فيه على تحرير مصطلح العقد وصلته بالواقع، فقارنت ذلك بالقانون الوضعي وبينت مدى دقة الفقه في ضبط مصطلح العقد وكيف أثر الواقع في تطور مفهوم العقد، حيث فرقت بين المتقدمين والمتأخرين في إطلاق المصطلح وبينت التعريف الذي اخترته: «العقد هو التزام شيء بارتباط الإيجاب والقبول».

أما الفصل الرابع، فقد عالج حرية التعاقد في القرآن والسُّنة، اللذين هما مصدرا الفقه الإسلامي. فانطلقت منهما لتأسيس أرضية لمدى تطور العقود من خلال اللبنة الأولى في التطور، وهي حرية الإرادة.

وفي الفصل الخامس، بينت حرية التعاقد في الفقه الإسلامي والقانون من خلال دراسة مقارنة مع القانون الوضعي.

ودرست في الفصل السادس، أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود المالية في الفقه الإسلامي. وراعيت في هذا الفصل مدى تطور حرية الاشتراط في العقود في المذاهب الفقهية، مبتدئا بالمذهب الحنفي الذي هو أشد المذاهب تمسكاً باللفظية وتضييق دائرة حرية الإشتراط؛ وإن كان المذهب يتخلص من التضييق بالاستحسان، ويليه المذهب الشافعي، أما المذهب المالكي والحنبلي، فقد تخلصا من اللفظية في العقود، خاصة المتعلقة بتعدد الصفقة، وامتاز المذهب الحنبلي بالانفتاح أكثر على التطور في العقود.

أما عنوان الباب الثاني فهو

أثر الواقع في تطور أنواع العقود

(الأصول الشرعية العامة الحاكمة على العقود المالية)

إذا كان الباب الأول يدرس مصطلحات البحث ومدى حرية الإرادة التعاقدية،

فإن الباب الثاني يهتم بجمع الأصول الشرعية العامة الحاكمة على العقود المالية في تطورها كنظرية شاملة في هذا البحث، في صلتها بالواقع، وقسمت الباب إلى خمسة أصول في شكل فصول وهي:

الفصل الأول: الأصول الشرعية العامة المحددة لطبيعة العقود المالية؛ حيث حددت فيه طبيعة العقود المالية والأصول التي تحكم تلك الطبيعة تبعا للقاعدة المنطقية: يجب أن يكون الدليل من جنس المدلول.

وفي الفصل الثاني: تناولت الأصول الشرعية العامة المتعلقة بالعاقد، ركزت في الفصل على التراضي ومقصد العاقد، وبينت من خلال ذلك، حكم الرضائية في العقود انطلاقا من قوله تعالى: ﴿ . . . إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾(١)، وحدود الضرورة في التعامل مع العقود المحظورة شرعا؛ وفرقت بين الإكراه المادي والقانوني وعلاقة الحكم الشرعي بمقصد العاقد كعقد العينة والتورق وكل ما له صلة بذرائع الربا.

وتناول الفصل الثالث: الأصول الشرعية العامة المتعلقة بالمعقود عليه؛ كأصل من الأصول التي شدد فيها الفقه الإسلامي وهو الغرر، ولذلك عرفت الغرر وشروط تأثيره في المعقود عليه، منها: أن يكون في المعاوضات وأن يكون كثيرا أو يدخل في الغرر المنصوص عليه بالتحريم في السنة الصحيحة، كبيع الحصاة والملامسة، وأنواع الغرر لبيان مجال تأثير الواقع في العقود وإمكان تطورها. وغلب على مادة هذا الفصل النصوص الحديثية لكونه العمود الفقري للكثير من الإشكالات في العقود المعاصرة.

وأما الفصل الرابع: فدرست فيه الأصول الشرعية العامة المتعلقة بإمكان تسليم محل العقد. ومادة هذا الفصل تغلب عليها النصوص الحديثية، لأنها تعالج أهم الإشكالات في تطور العقود المالية، التي منها عناوين هذه المباحث خاصة في هذا العصر الذي شهد تطورا كبيرا في تسليم محل العقد.

وتضمن الفصل الخامس: الأصول الشرعية العامة المتعلقة بتحديد الثمن، حيث عالجت الأصل الثالث من الأصول التي يتشدد فيها الفقه الإسلامي في العقود، وهو تعدد الصفقة، لذلك ركزت على الحديث الذي يعتبر العمود الفقري لهذا الأصل، وهو نهي النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة، وقمت بتخريجه تخريجا وافيا، وأردفت ذلك بتفسيرات الفقهاء للحديث، لتأصيل المعاني التي أبني عليها أحكام العقود.

---

(١) سورة النساء الآية (٢٩).

وفي الباب الثالث

أثر الواقع في تطور صيغ التعاقد

بدأت في هذا الباب بعقد البيع، باعتباره بوابة المعاملات المالية في مصنفات الفقهاء، وبينت أحكام بعض المعاملات المستحدثة التي تحتاج إلى دراسة، خاصة الإيجار المنتهي بالتمليك. وهذه المادة موزعة على الفصول على الشكل التالي:

في الفصل الأول، حررت مفهوم البيع وأنواعه وأحكامه لغة واصطلاحاً، واخترت تعريف المالكية، الذي هو **(عقد معاوضة على غير منافع)** لكونه تعريفا دقيقا وشاملا لكل أنواع البيع ومناسبا لطبيعة البحث.

وفي الفصل الثاني، قمت بتحديد منطقة الربا في الأموال، ذلك أن الربا هو الأصل الأول الذي شدد فيه الفقه في العقود، وأن هذا الفصل بمباحثه يركز على علاقة حكم الربا بالمجال التطبيقي في الأموال، حيث بينت من خلال ذلك أن الربا ربوان ربا حلال وربا حرام وصلة ذلك بالواقع، وأن هذا الأصل مركب صعب تزل فيه الأقدام وأسأل اللّٰه الرشاد والتوفيق والعفو عن الزلل.

ويعتبر الفصل الثالث: البيع بالتقسيط في المعاملات المالية، تطبيقا للفصل الثاني، حيث بينت فيه الفرق بين الربا والبيع بالأجل مقابل الزيادة في الثمن، وهو فرق لايفقهه إلا من له ذوق فقهي.

ودرست في الفصل الرابع، بيع المرابحة للآمر بالشراء؛ وتناولت هذا النوع من البيع الجديد في صيغته حيث بينت أصل هذه الصيغة وأهمية تطبيقها في المعاملات المالية وكيف طبقتها المصارف الإسلامية.

وفي الفصل الخامس، تناولت التكييف القانوني لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك؛ فبينت نشأة عقد الإيجار المنتهي بالتمليك وكيف تطور قانونيا، مع بيان اختلاف القانونيين حوله، وكيف تطور التأجير في الفكر المالي المعاصر.

وركزت في الفصل السادس، على التكييف الفقهي لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك، وبينت التأصيل الشرعي لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك انطلاقا من تعريف الإجارة لغة واصطلاحاً.

كما خصصت الفصل السابع للإجابة عن الإشكالات المتعلقة بعقد الإيجار المنتهي بالتمليك من وجهة نظر الفقه الإسلامي.

وفي الفصل الثامن والأخير، قمت بدراسة الصور التي تجوز في الإيجار

المنتهي بالتمليك، والصور التي لا تجوز مع التأصيل الشرعي لكل قضية فقهية.

*** منهجية البحث:**

بخصوص المنهجية المتبعة في معالجة قضايا البحث، فقد بدأت أولاً بتحرير مصطلحات كل مفردة من مفردات البحث التي تبنى عليها الأحكام الشرعية، حيث أبدأ أولاً بالمعاني اللغوية من مصادرها، ثم أبني عليها المعنى الاصطلاحي.

أما الاستدلال بالنصوص الشرعية، فإذا كان في القضية المبحوثة آيات قرآنية، فإني أبدأ بها وأرجع في معانيها إلى المفسرين المعتبرين في الأمة، وأحدد السورة والرقم لكل آية.

وأما السُّنة النبوية فأراعي فيها معايير تفرضها طبيعة البحث وهي:

إذا كان الحديث يبنى عليه حكم شرعي، فإني أوسع دائرة تخريجه بعزوه إلى مظانه من أهل الاختصاص، وبعد ذلك أذكر مذاهب فقهاء الحديث في تفسيره، لأرصد المعنى المناسب الذي أرى فيه تيسيرا على المكلف، دون الوقوع في الإثم، والمثال على ذلك حديث نهي الرسول ﷺ عن بيعتين في بيعة، أوأحاديث واردة في الغرر وكيفية القبض.

وإذا كان لتقوية الاستدلال، فأكتفي بعزوه إلى مظانه، إيمانا مني أن الحكم الشرعي يجب أن يبنى على دليل صحيح وقوي.

وأما استدلالات الفقهاء، فاتبعت فيها منهج المقارنة بين المذاهب الأربعة وعند الاقتضاء أضيف مذهب الظاهرية الممثل في فارسهم ابن حزم(١) رحمه اللَّه. وسلكت أيضا منهج المقارنة بين الفقه والقانون الوضعي، واعتمدت كثيرا في هذه المقارنة على كتابات الدكتور عبد الرزاق السنهوري رحمه اللَّه خاصة كتابه: «**مصادر الحق في الفقه الإسلامي**». وعلة اقتصاري على هذه المذاهب متانتها وواقعها التطبيقي، الذي يغني الباحث أصولا وفروعا في بناء اجتهاد جديد. وهذه المقارنة تحمي الحقيقة العلمية من التعصب المذهبي.

وتقديراً لهذه الحقيقة، أنوع نصوص الاستدلال في كل مذهب من المذاهب

(١) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد عالم الاندلس في عصره، وأحد أئمة الإسلام، ولد بقرطبة سنة ٣٨٤هـ، كانت له ولأبيه من قبله رياسة الوزارة وتدبير المملكة فزهد فيها وانصرف إلى العلم والتأليف ـ كان فقيها حافظا يستنبط الأحكام من الكتاب والسُّنة، بعيدا عن المصانعة. ت: ٤٥٦هـ (الاعلام ج: ٤ ص: ٢٥٤.

المذكورة وأبدأ في الغالب بالنصوص الفقهية، ثم أعلق عليها من أجل تفويض السلطة للنص في إبراز الحكم الشرعي.

ويظهر هذا واضحا في فصل حرية الإشتراط في الفقه. وأرجع في أقوالهم إلى مظانها الأصلية، احتراما للأمانة العلمية.

أما مضمون الكتاب، فقد بنيته على منهجية تبدأ بالإجمال وتنتهي بالتفصيل، حيث وضعت الأصول الشرعية العامة الحاكمة على العقود بصفة عامة، ثم طبقتها على قضايا جزئية في الباب الثالث، الذي ركزت فيه على عقد البيع، والإيجار المنتهي بالتمليك.

وترجمت لبعض الأعلام الذين أرى فائدة علمية في ترجمتهم.

في ختام الكتاب، وضعت فهرسة للآيات القرآنية والأحاديث النبوية والأعلام المترجم لهم أو لقضية علمية ظاهرة ثم لائحة المصادر والمراجع وموضوعات البحث.

*** الصعوبات التي اعترضت طريقي في البحث:**

لا يخلو أي بحث من صعوبات، وصعوبات هذا البحث ألخصها في ما يلي:

أولاً: أن البحث تناول موضوعا جديدا لم يكن مفصلا في كتب المتقدمين، مما يترتب عليه قلة المصادر والمراجع ذات الطابع التأصيلي لهذا الموضوع.

وقد تطلب مني وقتا طويلا في جمع المعلومات من الكتب المعاصرة والمجلات العلمية، خاصة في الفقه، مما جعلني أستعين كثيرا ببحوث المجامع الفقهية في دراسة هذا الموضوع.

واستثمرت هذه الصعوبات في توسيع المشاورة مع أهل الاختصاص من العلماء والباحثين.

ثانياً: تكمن الصعوبة في الجمع بين النظري والتطبيقي في الأحكام، لأنه أحيانا يكون الاتفاق على الحكم بمدركه الشرعي، لكن يقع الاختلاف في تعيين محله، والمثال على ذلك أحكام الربا في منطقة الأموال الربوية.

*** الخاتمة**

تضمنت خاتمة البحث النتائج التي توصلت إليها خلال تتبعي مضامين البحث.

الباب الأول

أثر الواقع في تطور حرية التعاقد

الفصل الأول: مفهوم الواقع لغة واصطلاحا

الفصل الثاني: مفهوم الشريعة والفقه وصلتهما بالواقع

الفصل الثالث: مفهوم العقد وصلته بالواقع

الفصل الرابع: حرية التعاقد في القرآن والسنة

الفصل الخامس: حرية التعاقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الفصل السادس: أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود المالية في الفقه الإسلامي

الفصل الأول

مفهوم الواقع لغة واصطلاحاً

المبحث الأول: مفهوم الواقع لغة

المبحث الثاني: مفهوم الواقع اصطلاحاً

المبحث الأول

مفهوم الواقع لغة

لما كان الواقع لبنة أساسية في تطور العقود المالية، خصصت له هذا المبحث لتحديد مفهومه اللغوي قبل الاصطلاحي، لأن المفهوم الاصطلاحي يبنى على المفهوم اللغوي. وأبدأ أولاً بعرض النصوص اللغوية، ثم أستخرج منها المفهوم المناسب لطبيعة البحث:

١ ـ قال الخليل الفراهيدي[(١)]: «الوقع وقعة الضرب بالشيء ووقع المطر ووواقع حوافر الدابة، يعني ما يسمع من وقعه، ويقال للطير إذا كان على أرض أو شجر هن وقوع ووقع، والواحد: واقع وقد وقَّع الدهر بالناس والواقعة: النازلة الشديدة من صروف الدهر... والوقيع من مناقع الماء في متون الصخور. ووقائع العرب أيامها التي كانت فيها حروبهم[(٢)].

٢ ـ قال ابن منظور[(٣)]: ووقع القول والحكم: إذا وجب. وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا وَقَعَ ٱلْقَوْلُ عَلَيْهِمْ أَخْرَجْنَا لَهُمْ دَآبَّةً مِّنَ ٱلْأَرْضِ﴾[(٤)]. والواقعة اسم من أسماء يوم القيامة: ﴿إِذَا وَقَعَتِ ٱلْوَاقِعَةُ ۝ لَيْسَ لِوَقْعَتِهَا كَاذِبَةٌ﴾[(٥)]. والواقع الذي ينقر الرحى[(٦)].

٣ ـ قال الزمخشري[(٧)]: «وقع الأمر: حصل ووجد»[(٨)].

---

(١) الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي الأزدي أبو عبد الرحمن من أئمة اللغة والأدب، واضع علم العروض، وهو شيخ سيبويه، ولد سنة: ١٠٠هـ، وتوفي بالبصرة سنة ١٧٠هـ له: العين ـ معاني الحروف... (الاعلام ج/ ٢ ص: ٣١٤).

(٢) معجم العين مادة وقع.

(٣) محمد بن مكرم بن علي بن منظور الانصاري الافريقي المصري جمال الدين أبو الفضل ولد سنة: ٦٣٠هـ، كان عالما بالنحو واللغة والتاريخ والكتابة، ت: ٧١١هـ له: لسان العرب... (الاعلام ج: ٧).

(٤) سورة النمل الآية ٨٢.

(٥) سورة الواقعة الآية: ١ ـ ٢.

(٦) لسان العرب: مادة: وقع.

(٧) محمود بن عمر بن محمد بن أحمد الخوارزمي الزمخشري جار الله أبو القاسم، من أئمة العلم بالدين والتفسير واللغة والأدب، ولد في زمخشر من قرى خوارزم سنة ٤٦٧هـ، وسافر إلى مكة وجاور بها زمنا، فلقب الجار لله، كان معتزليا ت ٥٣٨هـ له: الكشاف ـ أساس البلاغة... (الاعلام ج: ٧ ص: ١٧٨.

(٨) أساس البلاغة: مادة وقع: ج٢/ ص ٥٢٢.

٤ ـ قال الراغب الأصفهاني[١]: «الوقوع: ثبوت الشيء وسقوطه»[٢].

*** ما يستفاد من النصوص اللغوية:**

□ إن المعاني اللغوية للفظة «وقع» كما جاءت في تلك النصوص اللغوية على الشكل الآتي: وقع: وجد ـ وجب ـ حصل ـ سقط ـ النازلة...

□ اسم من أسماء يوم القيامة ـ الوقيعة، الحرب والقتال الوقائع أيام العرب المشهورة ـ النازلة ـ الذي ينقر الرحى.

□ من خلال ذلك نجد للفظة «وقع» معان متعددة أختار منها:

وجد ـ حصل ـ النازلة ـ لمناسبة هذه المعاني لموضوع البحث المرتبط بالعقود المالية في الفقه الإسلامي.

بعد هذا التحديد اللغوي للفظة «وقع» أنتقل إلى المفهوم الاصطلاحي للواقع في المبحث الثاني.

---

(١) الحسين بن محمد بن المفضل أبو القاسم الأصفهاني المعروف بالراغب أديب من الحكماء العلماء سكن بغداد واشتهر حتى كان يقرن بالغزالي ت: ٥٠٢هـ له: المفردات ـ الذريعة... (الاعلام ج٢ ص: ٢٥٥.

(٢) مفردات ألفاظ القرآن: مادة وقع: ٥٦٧.

المبحث الثاني

مفهوم الواقع اصطلاحاً

إن المفهوم الاصطلاحي للواقع يمكن رصده من خلال تلك المعاني اللغوية التي اخترتها في المبحث السابق، ولما كانت المعاني اللغوية متعددة فإن المعاني الاصطلاحية متعددة أيضا تبعاً لطبيعة كل مجال معرفي، مما يجعلني أحرص على تحديد المفهوم الاصطلاحي للواقع عند الفقهاء.

وبما أن لكل مذهب معرفي مصطلحاته التي تميزه عن غيره، تبعا لنسقه المعرفي ولتمييز مصطلح الواقع عند الفقهاء، أذكر أولاً مفهوم الواقع عند الفلاسفة والمتكلمين.

أ ـ مفهوم الواقع عند الفلاسفة:

قال جميل صليبا: «الواقع: الحاصل. والواقعة ما حدثَ ووجدَ بالفعل وهي مرادفة للحادث.

والواقعي هو المنسوب إلى الواقع ويرادفه الوجودي والحقيقي والفعلي..

نقول الرجل الواقعي: أي الرجل الذي يرى الأشياء كما هي عليه في الواقع... والواقعية: هي الإحساس بالواقع والتقيد به، وهي بهذا المعنى مقابلة للفظي والتجريد والخيالية[١]».

هذا التفسير الفلسفي للواقع له صلة بتلك المعاني اللغوية للفظة «وقع».اهـ

ب ـ مفهوم الواقع عند المتكلمين:

الواقع عند المتكلمين هو: اللوح المحفوظ[٢].

وهذا التفسير غير مقصود في هذا البحث لارتباطه بالمجال النظري العقدي، ونحن نشتغل في باب المعاملات بصفة عامة؛ والمعاملات المالية بصفة أدق.

ج ـ مفهوم الواقع عند الفقهاء:

إن مفهوم الواقع عند الفقهاء هو المقصود في هذا البحث، لكن لم أعثر على

---

(١) المعجم الفلسفي لجميل صليبا: ٢/ ٥٢٢.
(٢) التعريفات: لعلي بن محمد الجرجاني: ٣٢٣.

المعنى المحدد للواقع عند الفقهاء حسبما قرأت من كتبهم. فيبقى بين يدي استخلاصه من خلال حديثهم عن ضرورة ربط الأحكام الشرعية المطلقة بالأفعال المقيدة؛ أي في إطار النوازل الفقهية.

والسبب في هذا الأمر في اعتقادي، أن الفقهاء لا ينطلقون من النظري إلى التطبيقي، وإنما يبنون نظرهم من خلال ملاحظتهم للعلل التي تربط بين أحكام الشرع المنصوص عليها والنوازل الجديدة، فيقعدون قواعد فقهية

من خلال العلاقة بين الحكم المطلق وفعل المقيد، بما يمكن أن نسميه بالمنهج التجريبي الذي ينطلق من وصف الظاهرة ثم تحليلها؛ ثم اكتشاف القانون الذي يحكم تلك الظاهرة.

يقول ابن رشد[١] الحفيد: «إن الوقائع بين أشخاص الأناسي غير متناهية، والأقوال والأفعال والتقريرات متناهية، ومحال أن يقابل ما يتناهى ما لا يتناهى»[٢].

إن ابن رشد في هذا النص يطرح علاقة الواقع المتغير بالنصوص الشرعية المتناهية، بوفاة الرسول ﷺ وكمال الشريعة، والربط بين المتناهي واللامتناهي لا يكون إلا بملاحظة العلل الجزئية أو الكلية. وأعني بالجزئية التي تتكون منها القواعد الفقهية والأصولية والقياس، والكلية هي المصالح المقصودة شرعا. فيكون سياق هذا النص عنده في معرض الرد على منكري القياس.

أما شمس الأئمة السرخسي[٣] فيقول في السياق نفسه: «الأصول معدودة والحوادث ممدودة»[٤].

إذاً: فالحوادث التي تقع للناس في حياتهم ولها علاقة بالشرع يطلق عليها الفقهاء: الوقائع أو النوازل، وهو معنى له صلة بالمعنى اللغوي الذي اخترته في المبحث اللغوي.

---

(١) القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد الغرناطي الفقيه الأديب، العالم الجليل، الحافظ المتفنن، الحكيم المؤلف المتقن، أخذ عن أبيه وابن بشكوال.. وعنه ابن حوطاس وسهل بن مالك.. له: بداية المجتهد ـ فعل المقال ـ ولد سنة: ٥٢٠هـ، وتوفي سنة: ٥٩٥هـ (شجرة النور ـ ١٤٦).

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ج١/ ٣.

(٣) محمد بن محمد رض الدين السرخسي، فقيه من أكابر الحنفية ت: ٥٧١هـ له: المحيط الرضوي (الاعلام ج: ٧).

(٤) أصول السرخسي: ج ١/ ١٠.

* الاختلاف بين الفلاسفة والفقهاء في إطلاق المصطلح:

الفلاسفة يتحدثون عن الواقع باعتباره حصل ووجد بالفعل، أو ممكن الوقوع في مقابل التجريد والخيال.

والفقهاء يتحدثون عن الواقع بالمعنى نفسه، لكن الفرق بينهما أن الفقهاء يتحدثون عما وجد وحصل أوما هو ممكن الوقوع في إطار الشرع.

أما الفلاسفة، فيتحدثون عنه في إطار العقل الفلسفي غير المقيد بإطار الشريعة.

بناء على هذه المقارنة بين الفلاسفة والفقهاء في مفهوم الواقع، لكونه مصطلحا مشتركا بين الحقول المعرفية، ميزت مذهب الفقهاء وهو المقصود في هذا البحث إن شاء اللَّه تعالى.

التعريف المقصود في هذا البحث:

بعد تحديد المفهوم الشمولي للواقع في الفقه الإسلامي، أقتبس منه التعريف الذي قصدته في هذا البحث وهو: «**سلوك الأفراد والجماعات في المعاملات المالية**».

* شرح التعريف:

إن كلمة سلوك يقصد بها الجانب العملي للأفراد والجماعات، وهو المقصود في الفقه الإسلامي، ويطلق عليه أفعال المكلفين، وهو الذي يقع فيه التغير والتطور، وتستحدث له الأحكام الشرعية بفعل الاجتهاد، وهذه الأفعال إما أن تكون سياسية؛ أو اجتماعية؛ أو اقتصادية؛ أو تعبدية.

واخترت كلمة سلوك، لكونها تعبر عن الفعل نفسه ومنحى الفعل. تقول: (سلك زيد هذا الطريق: أي اتخذه منحى له وألزمه)[١].

وكلمة أفراد وجماعات: لأن الفقه الإسلامي كما يحكم سلوك[٢] الأفراد، يحكم السلوك الذي تتخذه جماعة في شكل هيئة أو مؤسسة أو دولة أو أمة. وتقييده بالمعاملات المالية ـ هنا ـ لتخصص هذا البحث في العقود المالية.

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ج١/ ٣.

(٢) قال صاحب اللسان: سلك: السلوك: مصدر سلك طريقا. و سلك المكان يسلكه سلكا وسلوكا و سلكه غيره و فيه وأسلكه إياه و فيه وعليه. لسان العرب مادة سلك.

*** المقصود بأثر الواقع في تطور العقود المالية:**

لما كان الفقه يتتبع أفعال المكلفين في تطورها، لإخضاعها لأحكام الشريعة من خلال التفاعل بين نصوص الشريعة والوقائع؛ يظهر أثر الواقع في تكوين الأحكام الفقهية المستنبطة. ولا أعني بذلك ولادة الأحكام بسبب الواقع وحده كما يقول الفلاسفة الماديون، وإنما بالتفاعل بين الشريعة والواقع. وسأوضح الأمر في الفصل الثاني، مفهوم الواقعية في الشريعة والفقه إن شاء اللّه تعالى.

الفصل الثاني

مفهوم الواقعية في الشريعة والفقه

المبحث الأول: مفهوم الشريعة

المبحث الثاني: واقعية الشريعة الإسلامية

المبحث الثالث: مفهوم واقعية الفقه الإسلامي

المبحث الأول

مفهوم الشريعة

قبل الحديث عن واقعية الشريعة، أحدد أولاً مفهوم الشريعة لغة واصطلاحاً، للتمييز بينها وبين مفهوم الفقه، إيمانا مني أن تحديد معاني المصطلحات له أهمية كبرى في تحديد المراد المبتغى وصوله.

* الشريعة في اللغة:

قال ابن منظور: «شرع الوارد يشرع شرعا وشروعا: تناول الماء بفيه.. والشريعة والشراع والمشرعة: المواضع التي ينحدر الماء منها. قال الليث: وبها سمي ما شرع اللّٰه للعباد شريعة من الصوم والصلاة والحج والنكاح وغيره»(١).

وهذا المعنى اللغوي مناسب للشريعة الإلهية، لكونها مصدر الأحكام الشرعية، كما كانت الشريعة في اللغة تطلق على المواضع التي ينحدر الماء منها.

* الشريعة في الاصطلاح:

وفي كشاف اصطلاح الفنون: الشريعة ما شرع اللّٰه تعالى لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء على نبينا وعليهم السلام، سواء كانت متعلقة بكيفية عمل وتسمى فرعية وعملية وديوانها علم الفقه، أو بكيفية الاعتقاد وتسمى أصلية واعتقادية وديوانها علم الكلام. وسمي الشرع أيضا بالدين والملة، ويراد بها الفقه أحيانا من باب اطلاق العام الذي يراد به الخاص(٢).

قال الجرجاني: «الشريعة هي الإئتمار بالتزام العبودية وقيل الشريعة هي الطريق في الدين»(٣).

قال الدكتور محمد يوسف موسى: «يراد بالشريعة كل ما شرعه اللّٰه للمسلمين من دين، سواء كان بالقرآن نفسه أو بسنة الرسول من قول أو فعل أوتقرير»(٤).

---

(١) لسان العرب: مادة شرع.

(٢) انظر كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي في مادة الشريعة ١/ ٨٣٥ ـ ٨٣٦.

(٣) التعريفات: ص ٦٧.

(٤) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي مع مدخل الدراسة للفقه وفلسفته دراسة مقارنة ص ٤١٠.

قال الدكتور وهبة الزحيلي: الشريعة: كل ما شرع اللَّه تعالى لعباده من الأحكام سواء بالقران أم بالسنة»[١].

إذاً: الشريعة هي مجموع الأحكام الواردة في الكتاب والسُّنة.

(١) أصول الفقه الإسلامي و أدلته: ١/١٨.

المبحث الثاني

واقعية الشريعة الإسلامية

قبل الحديث عن واقعية الشريعة الإسلامية، أحدد طبيعتها وخصائصها الكلية، لأرصد من خلال ذلك واقعيتها.

*** طبيعة الشريعة الإسلامية:**

الشريعة الإسلامية شريعة خالدة لاشتمالها على خاصيتي: الشمول واليسر، لتحقيق ديمومة المكلفين على الاستقامة دون معاندة بيئة يقتضيها التطور في أفعال المكلفين وسلوكهم[١].

*** الخاصية الأولى: الشمولية:**

ومعنى شمولية الشريعة؛ أن كل أمر حادث له في الشريعة حكم؛ إما بالنص وإما بالاستنباط.

*** الخاصية الثانية: اليسر:**

ونعني بيسرها؛ أن المكلف يستطيع تطبيق أحكام الشريعة في كل حال من الأحوال.

لذلك قُسمت نصوص الشريعة إلى نصوص يستجاب لها في حال الاختيار، كقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾[٢].

ونصوص يستجاب لها في حال الاضطرار كقوله تعالى: ﴿ فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِى مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ ۙ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[٣].

ونصوص القرآن والسُّنة كثيرة في مراعاة أحوال المكلفين. وقد اتفق أرباب النظر من علماء المقاصد: أن اتباع الشريعة لا يحصل إلا بتيسير العمل بها، لأن التصميم على الالتزام الاختياري في اتباع تعاليم الشريعة لا يكون إلا برفع الحرج

(١) انظر هذه الخصائص وغيرها في: الفقه الإسلامي وأدلته: الزحيلي: ١/١٨ فما فوق.
(٢) المائدة: ٣.
(٣) سورة المائدة: الآية ٣.

والمشقة عن المكلفين، مما أعطاها بعدا واقعيا أزاح كل عسر عنها؛ ونفى كل حرج عن المكلفين في الالتزام بها، الشيء الذي ميزها بالوسطية والاعتدال.

هذه الأوصاف الثابتة في الشريعة كانت خير ضمان لتحقيق أمور ثلاثة، هي:

أولاً: قبول المكلفين أحكامها عن اقتناع ورغبة، لقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمۡۚ وَخُلِقَ ٱلۡإِنسَٰنُ ضَعِيفٗا﴾(١).

ثانياً: عموم الشريعة لكونها وافقت الطباع ووافقت النفوس، لأنها شريعة الفطرة، لقوله تعالى: ﴿فِطۡرَتَ ٱللَّهِ ٱلَّتِي فَطَرَ ٱلنَّاسَ عَلَيۡهَاۚ﴾(٢).

ثالثاً: ديمومتها؛ لأنها لم تنبثق من إرادة بشرية، كلما تطورت الإرادة البشرية نسخت الإرادة السابقة، وإنما هي شريعة إلهية أقامها اللَّه عز وجل على اعتبار المصالح الثابتة فأمر بها؛ وعلى اعتبار المفاسد الثابتة فنهى عنها، وترك مجالا واسعا للعقل الصريح ليميز بين المصالح والمفاسد؛ أو بين المصالح نفسها؛ أو المفاسد نفسها؛ على منهج مشتق من الشريعة نفسها لمراعاة مقاصدها.

قال الرسول ﷺ: «ما أحل اللَّه في كتابه فهو حلال؛ وما حرم فهو حرام؛ وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من اللَّه عافيته فإن اللَّه لم يكن لينسى شيئا»، وتلا قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيّٗا﴾(٣)»(٤).

وقال ﷺ: «**دعوني ما تركتم إنما أهلك من كان قبلكم كثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم**»(٥).

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٨.

(٢) سورة الروم الآية ٣٠.

(٣) سورة مريم: الآية ٦٤.

(٤) أخرجه الطبراني في مسند الشاميين ج٣/ ص٢٠٩، والدارقطني في سننه ج٢/ ص١٣٧، والحاكم في المستدرك على الصحيحين، والبيهقي في السنن الكبرى. قال الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة ٣/ ٣٢٥: حديث صحيح. .

(٥) أخرجه الإمام البخاري في كتاب الاعتصام بالكتاب و السنة، باب الإقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، وقول الله تعالى: ﴿**واجعلنا للمتقين إماما**﴾ الفرقان ـ الآية: ٧٤.حديث رقم ٧٢٨٨.

وأخرجه الإمام مسلم في كتاب الحج، باب فرض الحج مرة في العمر ـ بلفظ: (ذَرُونِي مَا تَرَكْتُكُمْ فَإِنَّمَا هَلَكَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ بِكَثْرَةِ سُؤَالِهِمْ وَاخْتِلاَفِهِمْ عَلَى أَنْبِيَائِهِمْ فَإِذَا أَمَرْتُكُمْ بِشَيْءٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ وَإِذَا نَهَيْتُكُمْ عَنْ شَيْءٍ فَدَعُوهُ) حديث رقم: ١٣٣٧. و في كتاب

وقال عليه الصلاة والسلام: «أحب الدين إلى اللّه الحنيفية السمحة»[١].

يصف الرسول ﷺ في هذا الحديث الأخير الدين بوصفين؛ هما:

أولاً: الحنيفية: التي هي ملة التوحيد والميل عن الشرك والأوثان، وهي الإسلام. قال اللّه عز وجل: ﴿وَقَالُواْ كُونُواْ هُودًا أَوْ نَصَٰرَىٰ تَهْتَدُواْۗ قُلْ بَلْ مِلَّةَ إِبْرَٰهِـۧمَ حَنِيفًاۖ وَمَا كَانَ مِنَ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾[٢].

ثانياً: السمحة: وهي الجود واليسر والرفق. قال ﷺ: «رحم اللّه رجلا سمحا إذا باع، سمحا إذا اشترى، سمحا إذا اقتضى»[٣].

الفضائل باب توقيره وترك إكثار سؤاله عما لا ضرورة إليه أولا يتعلق به تكليف و مالا يقع ونحو ذلك. بلفظ: (ما نهيتكم عنه فاجتنبوه،وما أمرتكم به فافعلوا منه فاستطعتم فإنما أهلك الذين من قبلكم،كثرة مسائلهم، واختلافهم على أنبيائهم.).

من طريق أبي سلمة ابن عبد الرحمن، وسعيد بن المسيب، و بلفظ: (ذروني ما تركتكم...) من طريق أبي صالح و الأعرج ومحمد بن زياد، و بلفظ: (ذروني ما تركتكم...) من طريق همام بن منبه، كلهم عن أبي هريرة رضي الله عنه. حديث رقم ٢٣٥٦.

و النسائي في كتاب مناسك الحج ـ باب وجوب الحج، بلفظ: (ذَرُونِي مَا تَرَكْتُكُمْ فَإِنَّمَا هَلَكَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ بِكَثْرَةِ سُؤَالِهِمْ وَاخْتِلاَفِهِمْ عَلَى أَنْبِيَائِهِمْ فَإِذَا أَمَرْتُكُمْ بِشَيْءٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ وَإِذَا نَهَيْتُكُمْ عَنْ شَيْءٍ فَدَعُوهُ) ج: ٣ ـ ص: ١١٠ ـ بشرح الحافظ السيوطي و حاشية السندي.

وابن ماجة في باب إتباع سنة رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، بلفظ: (ما أمرتكم به فخذوه، وما نهيتكم عنه فانتهوا.) حديث رقم:١ وبلفظ: ذروني ما تركتكم، فإنما هلك من كان قبلكم بسؤالهم و اختلافهم على أنبيائهم، فإذا أمرتكم بشيء فخذوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فانتهوا.)من طريق أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه ج:١ ـ ص: ٣ ـ ت: محمد فؤاد عبد الباقي.

(١) أخرجه البخاري معلقا في كتاب الإيمان «باب الدين يسر»، و قول النبي صلى الله عليه و آله وسلم: أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة.
و الإمام أحمد في مسند بني هاشم ٢١٠٧ ـ ١/ ٢٣٦.

(٢) البقرة ١٣٥.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب البيوع و قول الله عز و جل: (و أحل الله البيع و حرم الربوا) ـ البقرة الآية: ٢٧٥ ـ و قوله: (إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم) ـ البقرة الآية ٢٨٢ ـ باب السهولة والسماحة في الشراء و البيع، ومن طلب حقا فليطلبه في عفاف ـ حديث رقم: ٢٠٧٦.

وأخرجه ابن ماجه في كتاب التجارات باب السماحة في البيع، ـ بلفظ (رحم الله عبدا سمحا إذا باع، سمحا إذا اشترى، سمحا إذا اقتضى) حديث رقم ٢٢٠٣ ـ ج ٢ ص: ٧٤٢.

والأدلة كثيرة على التيسير ورفع الحرج عن الناس.

ومن الأمثلة في المعاملات المالية ما يلي:

ـ **بيع السلم**: الذي جوزه الرسول ﷺ لما قدم المدينة: وهو بيع موصوف في الذمة يعجل فيه الثمن ويؤجل المثمن لحاجة الناس لذلك، فقال ﷺ فيما رواه ابن عباس: قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال: من أسلف فليسلف في كيل معلوم؛ ووزن معلوم؛ إلى أجل معلوم»[١].

ـ **بيع العرايا**: كما رخص ﷺ في بيع العرايا لحاجة الناس لذلك، فعن رافع ابن خديج[٢]؛ وسهل بن أبي حتمة[٣] أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة ـ بيع

وأخرجه ابن حبان في كتاب البيوع: ذكر ترحم الله جل وعلا على المسامح في البيع والشراء والقبض والإعطاء، بلفظ:(رحم الله عبدا سمحا إذا باع سمحا إذا اشترى، سمحا إذا اقتضى سمحا إذا قضى).حديث رقم:٤٨٨٣ ـ ج:٧ ص: ٢٠٣ ـ الإحسان في ترتيب صحيح ابن حبان.

وأخرجه الترمذي بلفظ (غفر الله لرجل كان قبلكم كان سهلا إذا باع سهلا إذا اشترى سهلا إذا اقتضى) رقم الحديث: ١٣٢٤ أج:٣ الترمذي بعارضة الاحوذي.

وقال الترمذي: هذا حديث صحيح حسن غريب من هذا الوجه.

(١) أخرجه البخاري في «كتاب السلم» في بابي «السلم في كيل معلوم» بلفظ «من سلف في تمر...» حديث رقم: ٢٢٣٩ ـ و «السلم في وزن معلوم» بلفظ من أسلف في شيء... حديث رقم: ٢٢٤٠.

و أخرجه الإمام مسلم في كتاب «المساقاة والمزارعة» في باب السلم ـ بلفظ: (من أسلف في تمر، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم.) حديث رقم ١٦٠٤ ـ و بلفظ: (من أسلف فلا يسلف إلا في كيل معلوم ووزن معلوم.)حديث رقم: ١٦٠٥ ـ ص: ٦٧٥ ـ ت: محمد محمد تامر.

وأبو داود في كتاب الإجارة ـ باب في السلف ـ بلفظ حديث مسلم رقم: ١٦٠٤ ـ حديث رقم: ٣٤٦٣.

وأخرجه النسائي في المجتبى ٤٦١٦، وابن ماجة ٢٢٨٠في كتاب التجارات ـ باب السلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ـ حديث رقم: ٢٢٨٠ ـ ج: ٢ ص ٧٦٥.

وابن حبان في كتاب البيوع باب جواز السلف المضمون بالصفة ـ حديث رقم: ٤٩٤٠ ـ الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ـ ج: ٧ ـ ص: ٢١٠.

(٢) رافع بن خديج بن رافع الأنصاري الأوسي الحارثي أبو عبد الله أو أبو خديج، صحابي جليل روى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وعمه ظهير بن رافع، وعنه ابنه عبد الرحمن وحفيظ عباية بن رفاعة...ت:٧٤هـ (الاصابة ـ ٢ ـ ٤٣٦).

(٣) سهل بن أبي حشمة الأنصاري الأوسي، قيل: كان لسهل عند موت النبي صلى الله عليه وآله وسلم سبع سنين، أو ثمان سنين،وقد حدث عنه بأحاديث، روى عن زيد بن ثابت

التمر بالتمر ـ إلا أصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم»[١].

ـ كما رخص في القرض والشركة والإجارة والمزارعة والمساقاة والإقالة والحوالة والرهن والضمان والإبراء والصلح والحجر والوكالة لحاجة الناس لذلك في معاشهم بإباحة الانتفاع بملك الغير عن طريق الوكالة والجعل والوديعة والمضاربة والمساقاة وبالاستيفاء من غير من عليه الدين؛ وهو المدين عن طريق الحوالة؛ وبالتوثيق على الدين بالرهن والكفيل؛ وبالتخلي عن بعض الدين عن طريق الصلح؛ وعن كل الدين عن طريق الإبراء[٢].

لقد بلغت أدلة التيسير ورفع الحرج في الشريعة مبلغ القطع، وصارت دليل الأئمة ومرتكزهم في استنباط قواعد التشريع. ومن بين تلك القواعد[٣]:

ـ المشقة تجلب التيسير.

ـ الحرج مرفوع.

ـ إذا ضاق الأمر اتسع.

ـ اليقين لا يزول بالشك.

وأدلة هذه القواعد الكلية في التشريع الإسلامي؛ الاستقراء الكلي للقرآن الكريم؛ ومن ذلك قوله تعالى:

﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[٤].

﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[٥].

﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[٦].

ومحمد بن مسلمة، وعنه ابنه محمد وابن أخيه محمد بن سليمان بن أبي حشمة... قيل: توفي في أول ملك معاوية. (الإصابة أج:٣ ـ ص: ١٩٦.

(١) أخرجه البخاري في كتاب المساقاة باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل أحديث رقم: ٢٣٨٣ ـ ص: ٥٩٦ ـ ضبط و تخريج و تنسيق الحواشي: صدقي جميل العطار.
و أخرجه الإمام مسلم في كتاب البيوع باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا ـ حديث رقم: ١٥٤٣ ـ ص: ٦٤٣ ـ ت: محمد محمد تامر.
وأخرجه الترمذي مع عارضة الاحوذي ـ حديث رقم:١٣٠٧.

(٢) انظر مجلة المجامع الفقهية: ع ٨ ج ١ ص ٥٢٥.

(٣) انظر: القواعد الفقهية: الشيخ مصطفى الزرقا ٢ ـ ٩٦٧ ـ ٩٩١ ـ ٩٩٤.

(٤) الحج ٧٦.

(٥) البقرة ٢٨٦.

(٦) البقرة ١٨٥.

﴿مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ﴾[(١)].

إذاً؛ المقصود بواقعية الشريعة مراعاتها لأحوال المكلفين من خلال يسرها وشمولها لجميع مناحي الحياة. ولا نعني بواقعية الشريعة أن الواقع يؤثر فيها؛ لأن القول بذلك يتناقض مع سماويتها وقدسيتها. فهي تنطلق من الواقع ولا تتقيد به لكونها صالحة لكل زمان ومكان.

*** واقعية الصياغة التشريعية للشريعة الإسلامية:**

أما من ناحية الصياغة التشريعية للواقع البشري، فقد نهجت الشريعة مسلكين اثنين:

ـ المسلك الأول:

إن كل ما يتعلق بالعبادات والأعمال العامة التي لا تعاند تطور حياة المكلفين فصلت فيها الأحكام، وأوردت النصوص الكافية في ذلك، فيبقى الاجتهاد في هذا المجال منحصرا عموما في تفسير النصوص وجمعها؛ ومقارنة بعضها ببعض إذا اقتضى الأمر ذلك. بما يعني أن الغالب على الاجتهاد في هذا المجال؛ الاشتغال بتحليل الصياغة وترتيب مفرداتها، قال ابن تيميه: «فجميع الرسل متفقون في الدين الجامع في الأصول الاعتقادية والعلمية؛ كالإيمان باللَّه ورسله واليوم الآخر، والعملية كالأعمال العامة المذكورة في سورة الأنعام والأعراف وبني إسرائيل في قوله تعالى: ﴿قُلْ أَمَرَ رَبِّى بِٱلْقِسْطِ ۖ وَأَقِيمُوا۟ وُجُوهَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾[(٢)]؛ وقوله تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّىَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ﴾[(٣)]»[(٤)].

إن ابن تيمية يذكر هذه الأمور الثابتة التي لا تتغير بتأثير الواقع البشري وهي ملتقى جميع الرسل؛ كأصول الإيمان التي هي: الإيمان باللَّه وملائكته وكتبه ورسله والقضاء والقدر والأمر بالعدل والنهي عن الظلم والفواحش ما ظهر منها وما بطن، وقد عبرت الشريعة عن هذه الأصول العامة ومثلها بالأسلوب القطعي، لقطع دابر الاحتمالات التي تؤدي إلى التحريف والتحلل.

ـ المسلك الثاني:

نهجت الشريعة في الأمور المتعلقة بالواقع المتغير في حياة الناس نهج تقعيد القواعد العامة، التي تسمح بالتكييف الفقهي لتنظيم المستجدات على ضوء

(١) المائدة الآية ٧٠.
(٢) الأعراف ٢٨.
(٣) الأعراف ٣١.
(٤) مجموع الفتاوى الكبرى: ٢٠/ ص ٦.

مقاصدها، إلا ما خصه الدليل بالمنع، قال الشاطبي: «تعريف القرآن بالأحكام أكثره كلي لا جزئي؛ وحيث جاء جزئيا فمأخذه على الكلية، إما بالاعتبار أو بمعنى الأصل إلا ما خصه الدليل»[١].

وقال أيضا: «الأصل في العبادات التعبد والأصل في العادات المصالح»[٢].

إذاً؛ واقعية الشريعة في صياغة الأحكام للواقع؛ تتجلى في الانطلاق من مفردات الواقع الأساسية وسوقها في السياق العام لتكون أنموذج الاهتداء والاعتبار لترشيد أي واقع إنساني مهما كانت طبيعته في كل زمان ومكان. وبعبارة واضحة: إن الوحي يصوغ أحكاما للواقع الذي نزل فيه في سياق يخرجها من الإطار الخاص إلى العام. ومن معنى هذا الأمر، القاعدة المشهورة عند الأصوليين: العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. لتمكين الأحكام من الانفتاح على النماذج والأنواع لتحقيق الاستمرارية في ضبط اللامتناهي بالمتناهي.

وإذا كان الأمر كذلك في الشريعة التي هي الأحكام الواردة في الكتاب والسُّنة لتجردهما عن القيود الزمانية والمكانية، فإن الفقه الإسلامي الذي يمثل التفاعل بين الوحي وأفعال الناس يكون واقعيا بذاته، وهذا ما سأتناول تفصيله في المبحث التالي.

---

(١) الموافقات ٣/ ١١٦.

(٢) الموافقات: ٢/ ٢٧٧.

المبحث الثالث

مفهوم واقعية الفقه الإسلامي

المقصود بواقعية الفقه الإسلامي؛ الإحساس بالواقع والتقيد به، نقول مثلا: هذا الفكر واقعي؛ أي ينطبق على الواقع دون التأثر بالأحلام والأوهام.

ولإبراز واقعية الفقه أبدأ أولاً بتعريف الفقه في اللغة والاصطلاح.

*** الفقه في اللغة:**

□ قال ابن منظور: «فقه الفقيه: العلم بالشيء والفهم له، وغلب على علم الدين لسيادته وشرفه وفضله على سائر أنواع العلم»(١).

□ قال الجرجاني: الفقه في اللغة عبارة عن فهم غرض المتكلم من كلامه»(٢).

والتعريف الذي ذكره الجر جاني مناسب لمعنى الفقه في القرآن والسُّنة، وهو إدراك مقصد المتكلم من كلامه، كما قال تعالى: ﴿فَمَالِ هَٰٓؤُلَآءِ ٱلْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾»(٣)،

وقوله ﷺ لعبد اللَّه ابن عباس رضي اللَّه عنهما: «اللَّهم فقهه في الدين وعلمه الكتاب»(٤).

*** الفقه في الاصطلاح:**

لقد وقع التطور في مصطلح الفقه تبعا لتطور واقع الناس في حياتهم الثقافية والعملية. من ذلك أن تعريف الفقه عند المتقدمين يختلف عن تعريفه عند المتأخرين، حيث يتميز عند المتقدمين بشموليته للدين كله، بخلاف المتأخرين فإنه مخصص بالجانب العملي عندهم.

---

(١) لسان العرب مادة فقه.

(٢) التعريفات: ص٩٠.

(٣) سورة النساء الآية ٧٨.

(٤) أخرجه الإمام البخاري في كتاب الاعتصام بالكتاب و السنة ـ بلفظ: «اللهم علمه الكتاب». حديث رقم: ٧٢٧٠.

و أخرجه الإمام مسلم في كتاب فضائل الصحابة رضوان الله عليهم ـ باب فضائل عبد الله

*** الفقه عند المتقدمين:**

□ هو معرفة النفس مالها وما عليها(١).

□ وصنف أبو حنيفة كتابا سماه الفقه الأكبر(٢).

وفي هذا الصدد قال أبو حامد الغزالي(٣): «لقد كان اسم الفقه في العصر الأول، مطلقا على علم الآخرة ومعرفة دقائق آفات النفوس ومفسدات الأعمال»(٤).

وهذا يدل على أن مصطلح الفقه، كان يشمل العقيدة والأخلاق وأفعال المكلفين إلى حدود القرن الثاني الهجري، حيث قيد مصطلح الفقه بالأحكام العملية.

*** الفقه عند المتأخرين:**

□ «هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية». وهذا تعريف الشافعية(٥).

وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على تأثير الواقع في تقييد مصطلح الفقه، مما يبين أنه واقعي بذاته، حيث خصص الفقه بالجانب العملي.

وبما أن الفقه يولد من خلال ربط أحكام الشريعة بواقع الناس عن طريق التفسير أو التعليل، فإن هذا العمل المركب من نصوص الوحي ومصلحة المكلفين يفرض الاجتهاد المستمر، كما قال الشهرستاني(٦): «وبالجملة نعلم قطعا ويقينا، أن

ابن عباس رضي الله عنهما ـ بلفظ: «اللهم فقهه». حديث رقم: ٢٤٧٧ ـ ص: ١٠٤٧ ـ ت: محمد محمد تامر.

وأخرجه الحاكم في المستدرك في مناقب عبد الله بن عباس ـ حديث رقم: ١٨٧٨ ورقم: ١٨٨٥ بلفظ: «اللهم علمه التأويل و فقهه في الدين». ص: ٦١٥ ـ ٦١٨ ج: ٣.

وأخرجه أحمد برقم: ٢٢٤٣ و ٢٧٣١.

(١) التلويح على التوضيح: ص ١٠ ـ ١١، و مرآة الأصول: ص ١٥ . ١٧.

(٢) الفهرسة لابن النديم: ص ٢٥٥ ـ ٢٥٦.

(٣) محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي أبو حامد حجة الاسلام، فيلسوف، صوفي، ولد سنة: ٤٥٠ م بالطابران ـ قصبة طوس الخراسان ـ رحل إلى نيسابور ثم إلى بغداد فالحجاز فبلاد الشام فمصر، وعاد إلى بلدته، له: إحياء علوم الدين ـ المستصفى. . . توفي ببلده سنة: ٥٠٥م (الاعلام ـ ج: ٧ ـ ص: ٢٢.

(٤) إحياء علوم الدين: ١/ ٥٤.

(٥) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته: ١/ ١٦.

(٦) محمد بن عبد الكريم بن أحمد أبو الفتح الشهرستاني، من فلاسفة الإسلام، كان إماما في

الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد، ونعلم قطعا أيضا، أنه لم يرد في كل حادثة نص ولا يتصور ذلك. والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية؛ وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى، علم قطعا أن القياس والاجتهاد واجب الاعتبار»[١].

هذه العلاقة تفرض على المجتهدين أمرين أساسين هما:

أولاً: فهم طبائع الأدلة الشرعية للتمييز بين الأدلة المبنية على الأمر الشرعي، لثبات مجالها لارتباطها بالتعبد والأدلة المبنية على المصالح لبنائها على العادات التي يجري عليها الاستحداث والتنوع لعدم انضباط مجالها.

ثانياً: الخبرة بشؤون الأفعال لتحقيق التمكين للأحكام الشرعية المستمرة بفعل النظر في الأدلة حسبما تقتضيه طبيعتها التصنيفية في مجال العبادات، أوفي مجال العادات، ويؤكد الإمام الشاطبي رحمه اللَّه هذا السياق بقوله: «لو فرض ارتفاع هذا الاجتهاد لم تتنزل الأحكام الشرعية على أفعال المكلفين إلا في الذهن لأنها مطلقات وعمومات، وما يرجع إلى ذلك منزلات على أفعال مطلقات كذلك، والأفعال لا تقع في الوجود مطلقة وإنما تقع معينة مشخصة، فلا يكون الحكم واقعا عليها إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يشمله ذلك المطلق أو ذلك العام»[٢].

فالوعي بطبيعة الأفعال أصبح ضرورة لتشخيص الأحكام في الوجود وإلا سيتحول الفقه إلى المثاليات، قال الشاطبي: «أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكن يبقى النظر في تعين محله»[٣]، وتعين المحل هو: التشخيص لواقع الحكم قبل تنزيله.

لهذا الاعتبار قسمت الأحكام إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الأحكام الخبرية: وهي أحكام ثابتة لارتباطها بالعقيدة التي تعني الاستيقان القطعي.

النوع الثاني: الأحكام الإنشائية: أصلها الأوامر والنواهي، وهذه الأحكام تشمل العبادات وأصول الأخلاق والأعمال العامة.

علم الكلام وأديان الأمم ومذاهب الفلاسفة، يلقب بالأفضل، ولد في شهر ستان ـ بين نيسابور وخوارزم ـ سنة ٤٧٩هـ، وانتقل إلى بغداد سنة: ٥١٠هـ، فأقام ثلاث سنين، وعاد إلى بلده، وتوفي بها سنة: ٥٤٨هـ (الأعلام ج: ٦ ـ ص: ٢١٥.

(١) الملل والنحل: ١/ ١٩٨ ـ ١٩٩.

(٢) الموافقات: ٥/ ١٧.

(٣) الموافقات: ٤/ ٧٤.

النوع الثالث: الأحكام المصلحية: وهي القسم الأكبر في الفقه، تتغير حسبما تقتضيه المصالح المقصودة شرعا.

قال ابن القيم رحمه اللَّه: الأحكام نوعان:

النوع الأول: نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها لا بحسب الأزمنة والأمكنة ولا اجتهاد الأئمة؛كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع.

النوع الثاني: ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة لا زمانا ومكانا وحالا كمقادير التعزيرات»[١].

إن ابن القيم فرق في هذا التقسيم للأحكام، بين الأحكام التي تناط بالدليل الجزئي؛ وبين المنوطة بالدليل الكلي الذي هو المصالح ليجتنب المجتهد بذلك الاشتغال بالتصنيف النظري غير الموازي لحركة الأفعال.

* حدود واقعية الفقه الإسلامي

إن الواقعية في الفقه لابد من تحديدها، حتى لا تمتطيها كثير من التبريرات التي تسعى إلى مشروعية كثير من الرغبات باسم الاجتهاد والواقع المتغير بالاستمرار، قال مصطفى شلبي: «الواقعية مأخوذة من الواقع، وهي في عرف الناس يراد به سلوك الأفراد والجماعات. فهل معنى واقعية القانون أنه يخضع لهذا الواقع في كل شيء ويسايره في جميع اتجاهاته وتحقيق رغباته، أم أن القانون هو الذي يخضع الواقع ويتحكم فيه؛ فيبيح منه ما يشاء ويحرم أخرى، ولكنه لا يقف جامدا على ما جاءت به نصوصه بل يسير في ركب الحياة ويتطور معها»[٢].

إذا لابد لكل فكر أن يوجد فيه أثر واقعه كما قال باقر الصدر «ونحن وإن كنا لا نؤمن بأن العلاقات الاجتماعية والاقتصادية هي السبب الوحيد لولادة النظريات والأفكار، فإننا لا ننكر تأثيرها في تكوين كثير من الأفكار والنظريات»[٣]. .

والنتيجة المحصل عليها، أن الفقه الإسلامي فقه واقعي، حيث يتتبع أفعال المكلفين في تطورها مما يجعل الواقع يؤثر فيه بعناصره المختلفة

(١) إغاثة اللهفان: ابن القيم: ١/ ٣٦٥ ـ ٣٦٦.
(٢) المثالية والواقعية في الفقه الإسلامي: ص ١٣.
(٣) اقتصادنا ص ٥٥.

الفصل الثالث

مفهوم العقد وصلته بالواقع

المبحث الأول: مفهوم العقد لغة.

المبحث الثاني: تحرير مصطلح العقد في الفقه وصلته بالواقع..

المطلب الأول: العقد والتصرف.

المطلب الثاني: العقد والالتزام

المطلب الثالث: مفهوم العقد بالمعنى العام.

المطلب الرابع: مفهوم العقد بالمعنى الخاص..

- تعربف الفقهاء المحدثين للعقد.
- التعريف المعتمد في البحث.

المبحث الثالث: مفهوم العقد في القانون الوضعي

المبحث الأول

مفهوم العقد لغة

أضع بين يدي الناظر مجموعة من النصوص اللغوية في مادة: عقد، كي أستخرج منها مفهوم العقد في الاصطلاح العام، وأساس العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي، سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي.

* يقول الخليل بن أحمد الفراهيدي: الأعقاد والعقود: جماعة عقد البناء، وعقده تعقيدا: أي جعل له عقودا، وعقدت الحبل عقدا أو نحوه فانعقد، والعقدة: موضع العقد النظام ونحوه، ويعقد السحاب: إذا صار كأنه عقد مضروب مبني، وأعقدت العسل فانعقد قال: كان ربا سال بعد الإعقاد، وعقد اليمين: أن يحلف يمينا لا لغو فيها ولا استثناء فيجب عليه الوفاء بها. وعقدة كل شيء: إبرامه، وعقدة النكاح: وجوبه، وعقدة البيع: وجوبه[١].

* وقال صاحب اللسان: عقد العقد: نقيض الحل، عقده يعقد ه عقدا وتعاقدا وعقده.. والعقدة: حجم العقد؛ والجمع عقد، ويقال: عقدت الحبل فهومعقود وكذلك العهد؛ ومنه عقدة النكاح.. والعقد: العهد والجمع عقود وهي أوكد العهود، ويقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا؛ وتأويله ألزمته ذلك،فإذا قلت: عاقدته أو عقدت عليه: فتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق[٢].

* وقال صاحب المصباح: عقد الحبل أو البيع أو العقد فانعقد[٣].

المستفاد من هذه النصوص اللغوية،أن كلمة العقد تدل على الربط والإحكام بين أطراف الشيء؛ سواء كان حسيا أو معنويا كما ورد في النصوص اللغوية؛ من عقد الحبل أو عقد اليمين.

كما تشمل أيضا كلمة العقد: كل ما صدر من عزم بإرادة منفردة أو بأكثر،

---

(١) معجم العين: مادة عقد.
(٢) لسان العرب: مادة عقد.
(٣) المصباح المنير: مادة عقد.

وأضاف صاحب اللسان أن الفرق بين العقد والعهد؛ هو أن العقد يزيد عن العهد بالاستيثاق.

وذكر ذلك أيضا الزجاج[١] في تفسير قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[٢][٣].

(١) ابراهيم بن السري بن سهل أبو إسحاق الزجاج علم بالنحو واللغة، ولد سنة: ٢٤١ وببغداد وتوفي بها سنة: ٣١١هـ (الاعلام ج: ١ ص: ٤٠.

(٢) سورة المائدة:الآية ١.

(٣) معاني القرآن ٢/ ١٣٩.

المبحث الثاني

تحرير مصطلح العقد في الفقه وصلته بالواقع

مفهوم العقد في الفقه الإسلامي مقسم إلى أربعة مطالب هي كالآتي:

المطلب الأول: العقد والتصرف

يقول مصطفى الزرقا في تعريف التصرف: التصرف بالمعنى الفقهي هو كل ما صدر من شخص بإرادته ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية(١).

وهذا التصرف سواء كان في صالح الشخص أم لا، فيشمل الأقوال والأفعال. فالأقوال كالبيع والوقف. والأفعال كإحراز المباحات. والفعل الذي يكون في صالح الشخص كالبيع. والفعل الذي لا يكون في صالحه كالوقف والوصية.

والتصرف الفعلي: هو الواقعة المادية الصادرة من الشخص كقبض الدين أو تسليم المبيع.

وأما التصرف القولي فنوعان: عقدي وغير عقدي:

فالعقدي هو اتفاق إرادتين كالشركة والبيع. وغير العقدي كالإخبار بالحق والإبراء من الدين.

وعلى هذا يكون التصرف أعم من العقد والالتزام، إذ أنه يشمل الأقوال والأفعال. وقد يكون التصرف القولي غير داخل في معنى العقد العام كالدعوى والإقرار(٢).

المطلب الثاني: العقد والالتزام:

الالتزام: هو كل تصرف يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهاءه، سواء أكان ذلك صادرا من شخص واحد؛ كالوقف والطلاق على غير مال؛ أم من شخصين كالبيع والإجارة(٣).

---

(١) المدخل ج ١ م ص ٢٨٨.

(٢) انظر: مصادر الحق: السنهوري: ج ١/ص ٣٣ إلى ٣٥، والفقه الإسلامي: للزحيلي: ج ٤/من ص ٨٠ إلى ٨٣، والمدخل: الزرقاء: ج ١/من ص ٢٨٨ إلى ص ٢٩١.

(٣) المصدر الأخير نفسه.

إذاً: فالالتزام يرادف كلمة العقد حسبما اقتضاه المعنى الفقهي الذي سبق ذكره.

وبناء على ما سبق، فالتصرف أعم من العقد والالتزام، والعقد بالمعنى العام والالتزام مترادفان، والالتزام أعم من العقد بالمعنى الخاص، والعقد بالمعنى الخاص نوع من الالتزام وأخص من كلمة التصرف؛ فكل عقد هو تصرف، وليس كل تصرف عقدا.

المطلب الثالث: مفهوم العقد بالمعنى العام:

أما العقد بالمعنى العام فيعني كل التزام صدر من إنسان سواء كان بإرادة منفردة: كالوقف والنذر والطلاق بغير مال. أو ما صدر من إرادتين: كالبيع والنكاح والإيجار إلى غير ذلك من العقود التي تحتاج إلى الإيجاب والقبول.

ولذلك فعامة المفسرين والفقهاء المتقدمين إذا أطلقوا العقد فإنه يعني عندهم: العقد بالمعنى العام.

يقول الشافعي رحمه اللَّه: جماع الوفاء بالنذر والعهد كان بيمين أو غيرها في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[١]، وفي قوله تعالى: ﴿يُوفُونَ بِٱلنَّذۡرِ وَيَخَافُونَ يَوۡمٗا كَانَ شَرُّهُۥ مُسۡتَطِيرٗا﴾[٢]. وقد ذكر اللَّه تعالى الوفاء بالعقود والأيمان في أكثر من آية من كتابه؛ منها قوله عز وجل: ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا﴾ الآية إلى قوله: ﴿تَتَّخِذُونَ أَيۡمَٰنَكُمۡ دَخَلَۢا بَيۡنَكُمۡ﴾[٣] الآية، وقال عز وجل: ﴿ٱلَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَلَا يَنقُضُونَ ٱلۡمِيثَٰقَ﴾[٤].

قال الشافعي: هذا من سعة لسان العرب الذي خوطبت به، فظاهره عام على كل عقد، ويشبه ـ واللَّه أعلمـ أن يكون اللَّه تبارك وتعالى أراد: أن يوفوا بكل عقد كان يمينا أو غير يمين؛ وكل عقد نذر إذا كان في العقد للَّه طاعة؛ أو لم يكن له فيما أمر بالوفاء منها معصية»[٥].

وقال أحمد: العقود هي: العهود كلها[٦]

---

(١) سورة المائدة الآية ١.
(٢) سورة الإنسان الآية ٧.
(٣) سورة النحل الآية ٩١ و ٩٢.
(٤) سورة الرعد الآية ٢٠.
(٥) أحكام القرآن: للشافعي: ٢/ص ٦٥ ـ ٦٧.
(٦) نظرية العقود: ابن تيميه: ص ٩٥.

يقول ابن جرير الطبري[١] في قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[٢]؛ يشمل عقود الأيمان والنكاح والعهد والحلف والبيع كما يشمل الفرائض والواجبات والمحرمات[٣].

وقال أبو بكر بن العربي[٤]: «إذا ثبت هذا فربط العقد تارة يكون مع اللَّه وتارة يكون مع الوحي وتارة يكون بالقول وتارة يكون بالفعل»[٥].

هذه النصوص المذكورة تدل على أن العقد يشمل ما صدر من إرادة واحدة أو من إرادتين.

وأما أبو بكر الجصاص[٦]، فيضيف إلى مفهوم العقد العام شرطا هو ارتباطه بالمستقبل قال: «العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعلَه على وجه إلزامه إياه، لأن العقد إذا كان في أصل اللغة: الشد؛ ثم نقل إلى الأيمان والعقود، فإنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وأوجبه عليه، وهذا إنما يتناول مُنتَظرا مراعىً في المستقبل من الأوقات، فسمي البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات، عقودا لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه الوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقدا، لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك؛ وكذلك العقد. وكل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد. وكذلك النذور وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك، وكذلك الطلاق المعلق على شئ في المستقبل»[٧].

---

(١) محمد بن جرير بن يزيد الطبري أبو جعفر، المؤرخ المفسر الإمام، ولد في أهل طبرستان سنة ٢٢٤هـ، واستوطن بغداد، وتوفي بها سنة٣١٠هـ وعرض عليه القضاء فامتنع والمظالم فأبى، له: جامع البيان ـ أخبار الرسل والملوك. . .(الأعلام ـ ج: ٦ ـ ص: ٦٩).

(٢) سورة المائدة الآية ١.

(٣) جامع البيان: ابن جرير: ٣/ ٤٤٩.

(٤) القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي الإشبيلي، سمع أباه وخاله أبا القاسم الحسن الهوزني وأبا عبد الله السرقسطي وغيرهم، وعنه القاضي عياض وابن بشكوال وابن الباذش وغيرهم، ولد سنة ٤٦٨هـ، وتوفي سنة ٥٤٣هـ ومنصرفه من مراكش وحمل إلى فاس ودفن بباب المحروق، وقبره هناك معروف متبرك به. (شجرة النور ـ ص: ١٣٦).

(٥) أحكام القرآن: ٢/ ٥٢٦.

(٦) أحمد بن علي الرازي أبو بكر الجصاص، فاضل من أهل الري، سكن بغداد ومات بها، انتهت إليه رياسة الحنفية، وخوطب في أن يلي القضاء فامتنع، ولد سنة: ٣٠٥هـ، وتوفي سنة ٣٧٠هـ له: أحكام القرآن ـ أصول الفقه. .(الاعلام ج: ١ ـ ص: ١٧١.

(٧) أحكام القرآن: ٢/ ٢٩٤، وانظر أيضا: مبدأ الرضى في العقود: ١/ ١١٢.

هذا المعنى الواسع للعقد الذي ذكره المفسرون وكثير من الفقهاء هو الشائع عند المتقدمين.

المطلب الرابع: مفهوم العقد بالمعنى الخاص:

أما مفهوم العقد بالمعنى الخاص فقد عرفه ابن الهمام بأنه مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام الواحد القائم مقامهما أعني: متولي الطرفين[(١)].

وتبعه في هذا التعريف ابن عابدين[(٢)]، وابن القاسم الشافعي تحفة المحتاج[(٣)]، والدسوقي المالكي[(٤)].

وعرفه الورشكي الحنفي بأنه «معنى يحل المحل فيتغير به»[(٥)]، أي هو معنى يقع على المعقود عليه فيتغير به من حال إلى حال.

وقد ناقش الورشكي تعريف ابن الهمام، بأنه تعريف لأداة العقد وليس للعقد نفسه حيث قال: «زوجت وتزوجت آلة انعقاده»[(٦)].

وقد رد ابن الهمام عليه، بأن المعنى الذي يحل في المحل ويتغير به، لايسلم به لأنه أثر من آثار العقد وهو حكم العقد[(٧)].

إن المعنى الخاص للعقد الذي يعني الإيجاب والقبول؛ أي ما يصدر من إرادتين فما فوق هو الغالب على الفقهاء المتأخرين.

---

(١) فتح القدير: ٥/ ٤٥٥.

(٢) رد المحتار: ٧/ ١٠ ـ ١١.

أحمد بن عبد الغني بن عمر المشهور كأسلافه بابن عابدين، فقيه حنفي، ولد سنة ١٢٣٨هـ بدمشق وبها توفي سنة ١٣٠٧هـ، تولى الافتاء في بعض المدن الصغيرة ثم عين أمينا للفتوى مع السيد محمود حمزة مفتي دمشق. له: تبرئة الشيخ الأكبر مما نسب إليه من القول بالحلول والاتحاد (الاعلام ج: ١ ص: ١٥٢).

(٣) تحفة المحتاج: ٤/ ٨١٤.

(٤) حاشية الدر دير: ٣/ ٥.

شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي الأزهري العلامة الأوحد الفهامة الأمجد، محقق عصره، ووحيد دهره، الجامع شتات العلوم، المنفرد بتحقيق المنطوق والمفهوم. أخذ عن الدردير والصعيدي... وعنه: الصاوي وحسن العطار... له: حاشية على الدردير على المختصر ـ وحاشية على كبرى السنوسي... ت: ١٢٣٠هـ (شجرة النور ـ ٣٦٢).

(٥) فتح القدير: ٢/ ٣٤.

(٦) المصدر نفسه.

(٧) مبدأ الرضا: ١/ ١٧٧.

وأما ما يصدر من إرادة واحدة؛ يعتبر من الإخراجات. قال الفقيه المالكي الدسوقي: «والعقود هي ما تتوقف على إيجاب وقبول، وأما غيرها: من الطلاق وما بعده فهي إخراجات ولا تتوقف على إيجاب وقبول»(١).

يتبين من خلال هذه النقول المتينة لهؤلاء الأئمة أن لفظ العقد، إذا أطلق عند المتأخرين يراد به المعنى الخاص، وهذا دليل قوي وبرهان ساطع جلي على تأثير الواقع في تطور مصطلح العقد في الفقه الإسلامي.

قال في شأن ذلك الشيخ الخفيف: «ومن هذا يتبين أن المناط في وجود العقد على وجه الإجمال هو التحقق من وجود إرادتي العاقدين وتوافقهما على إنشاء التزام بينهما بما يدل على عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل. . وعلى ذلك فالعقد عند الفقهاء لا يكون إلا بين طرفين ولا يكون من طرف واحد. وإذا كان من طرف واحد لم يكن عقدا؛ وإنما سمي التزاما أو تصرفا، وقد يسمى عقدا تسمية لغوية. فالوقف على هذا ليس بعقد، لأنه يتم من المالك وحده دون أن يشاركه فيه شخص آخر، كذلك الطلاق المجرد عن المال ليس عقدا، وكذلك العتق والتنازل عن الحقوق: كالتنازل عن حق الشفعة؛ والتنازل عن حق المرور؛ أو حق المسير أو عن رد المبيع بسبب عيب يظهر فيه، كذلك لا يسمى عقدا وإنما يسمى تصرفا أو التزاما من طرف واحد وإن كان ملزما، فإن لم يكن ملزما كان وعدا»(٢).

تعريف الفقهاء المحدثين للعقد:

لقد عرف المحدثون من الفقهاء العقد بتعريفات متعددة منها:

* تعريف قدري باشا(٣) الذي عرفه بما يلي: «العقد ارتباط الإيجاب الصادر من أحد

(١) حاشية الدسوقي: ٣/ ص ٢، و انظر أيضا: ابن نجيم الحنفي في ذكره تقسيمات العقود في كتابه: الأشباه والنظائر: ص ٣٣٦، والبابرتي في شرح العناية بهامش فتح القدير: ٥/ ٤٥٦، و ابن الهمام في فتح القدير على الهداية: ٢/ ٣٤١، والكاساني في بدائع الصنائع: ٦/ ٥٣٧، والدردير في بلغة السالك للصاوي: ٢/ ٢، والجر جاني في التعريفات ص ٨٢، و انظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة: ص ١٧٩إلى ١٨١.و مصادر الحق للسنهوري.

(٢) أحكام المعاملات الشرعية: للشيخ علي الخفيف: ص ١٣٨.و قد أشار الدكتور السنهوري إلى عامل التأثير بالقانون الغربي في هذا الاتجاه الذي ذهب إليه الشيخ علي الخفيف(انظر الأموال و نظرية العقد في الفقه الإسلامي: ٢٢١ ـ ٢٥٢).

و ظهر عندي من خلال التتبع لنصوص المتقدمين من الفقهاء أن هذا التخصيص للعقد كان قبل الافتتان بالقانون الغربي. و قد أشار هو نفسه إلى هؤلاء المتقدمين في كتابه: مصادر الحق.

(٣) محمد قدري باشا من رجال القضاء بمصر، ولد بها سنة ١٢٣٧هـ في ملوي، وأصل أبيه من

العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه»[١].

وقد اختار هذا التعريف الشيخ علي الخفيف[٢]،و أبو زهرة[٣] والدكتور السنهوري[٤].

أما صاحب كتاب مبدأ الرضا في العقود فقد انتقد هذا التعريف المشهور عند المحدثين، وألخص انتقاده فيما يلي:

* قال: إن هذا التعريف أخذ من العلامة البابرتي، وهو تعريف للانعقاد وليس للعقد، لأن البابرتي عرف الانعقاد بقوله: «تعلق كلام العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل»[٥]، غير أن البابرتي أشار إلى أن تعريفه هذا ليس لمطلق العقد بل هو تعريف للانعقاد الوارد في كلام صاحب الهداية[٦]، وقد أوضح ذلك ابن الهمام في شرح هذا الكلام فقال: «ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه وإنما قلنا هذا لأنه قال: «وينعقد بالإيجاب والقبول لأنهما ركناه على ما حققناه»[٧].

وقد وصل ابن الهمام إلى أنه لا يمكن أن يكون المراد بالانعقاد في قول صاحب الهداية الذي عرفه البابرتي بتعريفه السابق: العقد، بل المراد به إما ثبوت الحكم أو أن الانعقاد غير العقد.

* قال صاحب الهداية: «النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول»[٨].

والنتيجة من هذا كله هي: أن العقد إنما يتم حقيقة في الوجود بالإيجاب والقبول.

والانعقاد هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل.

الأناضول، وأمه مصرية حسنية، تعلم بملوي والقاهرة، ودخل مدرسة الألسن فأتم فيها دروسه، ونبغ في معرفة اللغات، واختاره الخديوي مربيا لولي عهده، وتقلب في المناصب، آخرها وزير للحقانية، توفي بالقاهرة سنة ١٣٠٦هـ له: مرشد الحيران ـ وتطبيق ما وجد في القانون المدني موافقا لمذهب أبي حنيفة. . .(الأعلام ج:٧ ص: ١٠).

(١) مرشد الحيران: قدري باشا: المادة ٢٦٢.

(٢) أحكام المعاملات: علي الخفيف: ص ٧٢.

(٣) الملكية ونظرية العقد: أبو زهرة: ص١٩٩.

(٤) مصادر الحق: السنهوري: ١ ـ ٥٧.

(٥) الهداية مع فتح القدير: ٥/ ٤٥٦.

(٦) نفس المصدر السابق والصفحة.

(٧) نفس المصدر السابق والصفحة.

(٨) الهداية مع شرح العناية وفتح القدير ٥/ ٤٥٨.

وهذا يعني أن الحنفية فرقوا بين العقد والانعقاد. فإن العقد يشمل العقد الصحيح وغير الصحيح، والانعقاد خاص بالعقد الصحيح[١]. وقد أدركت المجلة العدلية هذا الفرق بين العقد والانعقاد فعرفت العقد بما يلي: «العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا؛ هو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول[٢].

وبهذا يكون تعريف قدري باشا المعتمد عند جمهور الفقهاء المحدثين غير جامع إلا لنوع واحد من العقود وهو الذي يثبت أثره الشرعي عليه. وأن حقيقة العقد شيء وآثاره شيء آخر، فلا يلزم من وجوده وجودها. قال ابن تيمية في ذلك: يجوز أن يلزم العقد إن وجد شرط لزومه ويجوز أن لا يلزم[٣].

التعريف المعتمد في البحث:

أخلص من خلال ما ذكر من أثر الواقع في تعريف العقد، إلى ما أعتبره تعريفا جامعا لمحترزاته، ومانعا من دخول ما ليس منه فيه إلى الأخذ بتعريف صاحب مبدأ الرضا في العقود وهو كآلاتي:

«العقد هو التزام شيء بارتباط الإيجاب والقبول»[٤].

* شرح التعريف:

فالالتزام معناه اللغوي هو إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازما له[٥]، وهو جنس يشمل كل تعهد سواء كان من طرف واحد أو اكثر.

وتعريف العقد بالإلزام عرفه به الجصاص حين قال: «. . . إن العقد إنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره»[٦].

والالتزام بالشيء للدلالة على أن مجرد القول: التزمت أو تعهدت دون ذكر الملتزم به صراحة أو دلالة لا يسمى عقدا.

ثم لفظ الشيء: عام يشمل القول أو الفعل أو السكوت.

وارتباط الإيجاب أو القبول يخرج به الالتزام الحاصل بإرادة منفردة كالنذر والإبراء إلى غير ذلك.

(١) انظر الفتاوى الهند ية: ٢/ ٣.
(٢) المجلة العدلية: المادة: ١٠٣ . ١٠٤ .
(٣) نظرية العقد: ٢٢٨.
(٤) مبدأ الرضا في العقود: ١/ ١٢٥.
(٥) القاموس المحيط مادة لزم.
(٦) أحكام القرآن: الجصاص: ٢/ ٢٩٤.

والباء في الارتباط للابتدائية؛ أي التزاما يبتدأ أو ينشأ بارتباط الإيجاب بالقبول.

والمراد بالارتباط الحسي؛ أي تعلق الإيجاب بالقبول عرفا. ثم يرتب عليه الارتباط الحكمي، وهو: وجوب الوفاء بما التزم به الطرفان(١).

والاعتماد في هذا البحث على هذا التعريف الذي أراه جامعا مانعا ويخصص العقد بما صدر من إرادتين فما فوق تبعا لطريقة المتأخرين من الفقهاء كما ذكرنا سابقا.

---

(١) انظر: مبدأ الرضا في العقود: ١/ ١٢٦.

المبحث الثالث

مفهوم العقد في القانون الوضعي

يقول الدكتور عبد الرازق السنهوري في تعريف العقد: العقد توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه»[(١)].

*** تحليل مكونات التعريف:**

إن كلمة توافق إرادتين الواردة في تعريف العقد عند القانونيين، تدل على المعنى الخاص للعقد، وهو صدوره من إرادتين أو أكثر.

وكلمة الاتفاق ذاتها تدل على أن التعريف يشمل العقد الباطل.

فالتعريف يبدو سهل العبارة لكنه غير دقيق بالمقارنة مع ما هو موجود في الفقه الإسلامي.

والعقد في القانون المدني أحد أنواع الاتفاق، لأن كل اتفاق ليس عقدا، وإنما يتخصص العقد بما يشمل التعارض بين المصلحتين؛ وبما ينصب على محل وقتي. فالاتفاق على إنشاء منظمة معينة لا يعتبر عقدا، لأنه لا يمثل تعارضا في المصالح، وأن محل العقد هو وضع دائم مستمر وليس وضعا وقتيا.

يقول السنهوري في ذلك: «و ليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقدا، بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعا في نطاق القانون الخاص في إدارة المعاملات المالية. فالمعاهدة اتفاق بين دولة ودولة، والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه، وتولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف، ولكن هذه الاتفاقات ليست عقودا، إذ هي تقع في القانون العام الدولي والدستوري والإداري. والزواج اتفاق بين زوجين؛ ولكنه لا يعتبر عقدا وإن وقع في نطاق القانون الخاص، لأنه خارج عن دائرة المعاملات المالية»[(٢)].

---

(١) الوسيط: ١/ ١٣٩ ـ ١٤٠.

(٢) الوسيط: ١/ ١٣٩ ـ ١٤٠.

المبحث الرابع

الموازنة بين التعريف الفقهي والقانوني

ليس العقد في نظر فقهاء الإسلام هو اتفاق الإرادتين، وإنما هو الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلا بهذا الاتفاق. إذ قد يحصل الاتفاق بين الإرادتين دون أن تتحقق الشرائط المطلوبة شرعا للانعقاد، فلا يعتبر إذ ذاك انعقادا رغم اتفاق إرادتين، وهي حالة بطلان العقد في نظر الشرع والقانون.

فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل الذي يعتبره الشرع لغوا لا ارتباط فيه، ذلك لأن التعريف القانوني يعرف العقد بواقعته المادية، وهي: اتفاق إرادتين.

أما التعريف الفقهي فيعرفه بحسب واقعته الشرعية، وهي: الارتباط الاعتباري.

وهذا هو الأصح لأن العقد لا قيمة فيه للوقائع المادية لولا الاعتبار الذي عليه المعول في نظر الحقوقي.

والتعريف الفقهي أيضا يمتاز في تصوير الحقيقة العقدية ببيان الإرادة العنصرية المكونة للعقد، أي الأجزاء التي يتركب منها في نظر التشريع، وهي: الإيجاب والقبول.

فاتفاق الإرادتين في ذاته لا يعرف وجوده، وإنما الذي يكشف عنه هو: الإيجاب والقبول اللذان يعتبران عنصري العقد الظاهرة بما فيها من إعراب عن تحرك كل من الإرادتين نحو الأخرى وتلاقيهما وفاقا، فهذا التحرك والتلاقي هو المعول عليه في معنى الانعقاد، إذ قد تكون إرادتان متفقتين على التعاقد ولا تتحرك إحداهما نحو الأخرى فلا يكون عقدا كما في حالة الوعد ببيع أو برهن أو بقرض[١].

فالتعريف القانوني يشمل الوعد لوجود اتفاق إرادتين فيه مع أنه ليس بعقد.

بهذا يتبين أن تعريف الفقهاء للعقد أدق من تعريف القانونيين.

---

(١) انظر بعض تفاصيل ما أتبته في كتاب المدخل الفقهي: مصطفى الزرقاء: ١ ـ ٤٦١ فما فوق.

الفصل الرابع

حرية التعاقد في القرآن والسُّنة

المبحث الأول: حرية التعاقد في القرآن الكريم..

المبحث الثاني: حرية التعاقد في السنة

المبحث الأول

حرية التعاقد في القرآن الكريم

تعتبر حرية التعاقد من المبادئ الأساسية في المعاملات بين الأفراد، لذلك نبه القرآن إليها. ويمكن إجمال هذا التنبيه في ثلاث آيات:

ـ **الأولى**: قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾[(١)].

ـ **الثانية**: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[(٢)].

ـ **الثالثة**: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾[(٣)].

فالآية الأولى: تدل على حكمين:

الأول حلية البيع، والثاني تحريم الربا.

فكل ما يصدق عليه كلمة البيع فهو جائز بعموم هذه الآية، وكل معاملة يدخلها الربا فهي حرام. ويكون المعنى الإجمالي للآية أن كل بيع حلال إلا ما كان فيه الربا. وفي هذا المعنى الإجمالي يقول الشافعي رحمه اللَّه: «فأصل البيوع كلها مباح إذا كان برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا إلا ما نهى عنه رسول اللَّه ﷺ منها. وما كان في معنى ما نهى عنه رسول اللَّه ﷺ محرم بإذنه داخل في المعنى المنهي عنه،، وما فارق ذلك أبحناه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب اللَّه»[(٤)].

* يقول ابن حزم رحمه اللَّه: «البيع كله حلال إلا بيع منع منه نص قرآن أو سنة»[(٥)].

* ويقول أبو بكر الجصاص: «و أحل اللَّه البيع» عموم في إباحة سائر البياعات، لأن لفظ البيع موضوع لمعنى معقول في اللغة، وهو تمليك المال بمال بإيجاب وقبول عن تراض منهما، وهذه حقيقة البيع في مفهوم اللسان»[(٦)].

وكذلك الآية الثانية تدل على حكمين هما:

---

(١) البقرة ٢٧٥.
(٢) النساء ٢٩.
(٣) المائدة ١.
(٤) الأم: ٣/ ٢.
(٥) المحلى: ٨/ ٤٠٥.
(٦) أحكام القرآن: الجصاص: ١/ ٤٦٩.

أ ـ الأول: تحريم أكل المال بالباطل:

ويكون المعنى أن كل تصرف يؤدي إلى أكل المال بالباطل فهو منهي عنه بنص هذه الآية القطعي الدلالة في معناه. إلا أن مفهوم الباطل ذكر فيه المفسرون معاني متعددة فيها ما قال الطبري: «أكل المال بالباطل هو أكله من غير الوجه الذي أباحه اللَّه لآكليه»(١).

وقال القرطبي(٢): «من أخذ مال غيره لا على وجه إذن الشرع فقد أكله بالباطل، ويدخل فيه القمار والخداع والغصوب وجحد الحقوق ومالا تطيب به نفس مالكها أو حرمته الشريعة وإن طابت به نفس مالكه؛ كمهر البغي وحلوان الكاهن وأثمان الخمور والخنازير، ومنه أن يقضي القاضي لك وأنت تعلم أنك مبطل؛ فالحرام لا يصير حلالا بقضاء القاضي»(٣).

وقال أبو بكر الجصاص: «وأكل مال الغير بالباطل قد قيل فيه وجهان: أحدهما ما قاله السدي وهو أن يأكله بالربا والبخس والظلم. ثانيهما: ما قاله ابن عباس والحسن: أن يأكله بغير عوض(٤).

فالمعنى الذي ذكره الجصاص لابن عباس غير واضح لان أكل المال بغير عوض جائز بطيب الخاطر كما رأينا في تفسير القرطبي.

* وفي قوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾(٥).

والنهي عن أكل المال بالباطل يشمل من أكل مال غيره بالباطل ومال نفسه إذا أنفقه في المعاصي. ومن مقتضيات هذا النهي قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ﴾(٦).

قال الزمخشري: «الباطل ما لم تبحه الشريعة من نحو السرقة والخيانة

---

(١) جامع البيان: الطبري: ٣/ ٥٤٩.

(٢) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح بفتح الفاء وسكون الراء الأنصاري القرطبي العالم الإمام الجليل الفاضل الفقيه المفسر المحصل المحدث المتفنن الكامل، كان من عباد الله الصالحين والعلماء العاملين. أخذ عن أبي العباس القرطبي وغيره. له: أحكام القرآن وشرح أسماء الله الحسنى... ت: ٦٧١هـ (شجرة النور ـ ١٩٧).

(٣) الجامع لأحكام القرآن: القرطبي: ٣/ ٣٣٨.

(٤) أحكام القرآن: الجصاص: ٣/ ١٧٣.

(٥) النساء: ٤.

(٦) البقرة الآية ١٨٨.

والغصب والقمار وعقود الربا»[١] .

ويقول الشيخ محمد عبده[٢] في معنى الباطل : والصواب أن الباطل ما يقابل الحق ويضاده . والكتاب يطلق الألفاظ كالحق والمعروف والحسنات وما يقابلها ، وهو الباطل والمنكر والسيئات . ويوكل فهمها إلى أهل الفطرة السليمة من العارفين باللغة»[٣] .

ب ـ الثاني : جواز كل تجارة تراضى عليها المتعاقد :

قال الجصاص : «اقتضى إباحة سائر التجارات الواقعة عن تراضٍ ، والتجارة اسم واقع على عقود المعاوضات المقصود بها طلب الأرباح»[٤] .

فآية سورة النساء أعم من آية سورة البقرة ، لأن التجارة أعم من البيع ، والباطل أعم من الربا ، وجعلت آية النساء مدار حل التجارات على تراضي المتعاقدين .

والنتيجة المحصل عليها من خلال الآيتين ،أن كل ما نص القرآن والسُّنة على تحريمه فهو من الباطل . ومما نص القرآن على تحريمه من أكل أموال الناس بالباطل : الربا والميسر .

ونصت السنة تفصيلا على الغررالفاحش ، فتكون النتيجة : أن كل عقد محرم إما أن يكون داخلا في الربا أو الميسر أو الغرر الفاحش . فتكون مدار العقود الفاسدة على هذه الثلاثة . لذلك رد ابن تيمية جميع العقود الفاسدة إليها[٥] .

كما سنلاحظ في ا لشروط والعقود أن الفقهاء يعللون فساد الشروط أو العقود بالربا أو الغرر في أغلب الأحوال .

وأشد العقود فسادا عقد الربا لاشتماله على ظلم محقق ومعين ، ثم عقد الميسر لاشتماله على ظلم محقق ولكنه غير معين . أما عقد الغرر فهو أقلهما فسادا لأن العلة فيه الغبن الذي يؤدي إلى النزاعات بين الناس في معاملتهم المالية ، لذلك أباحت السنة منه ما تدعو الحاجة إليه إذا كان يسيرا ؛ كبيع الحيوان الحامل إذا كان

---

(١) الكشاف ١/ ٥٠٢.

(٢) محمد عبده بن حسن خير الله من آل التركماني ، مفتي الديار المصرية ، ولد سنة ١٢٦٦هـ ، من كبار رجال الاصلاح والتجديد في الاسلام توفي سنة ١٣٢٣هـ ، له : رسالة الواردات ـ شرح نهج البلاغة . . .(الاعلام ج :٦ ص :٢٥٢) .

(٣) المنار ٥/ ٤١.

(٤) أحكام القرآن ٣/ ١٧٣.

(٥) القواعد النورانية : ابتداء من ص ١١٦.

الفرع تابعا للأصل؛ وكذلك الثمار قبل بدو صلاحها إذا كانت تابعة للأصل وعقد دخول الحمام عقد غرر لأن الثمن محدد ومدة البقاء في الحمام غير معينة وكذلك مقدار الماء الذي سيستهلك في الحمام غير محدد، فأباحه الشرع لحاجة الناس إلى ذلك؛ وأباح المذهب المالكي بيع المغيب في الأرض كالجزر إذا كان من أهل الخبرة لقلة الغرر فيه.

أما الآية الثالثة فتفيد حكما واحدا، وهو الوفاء بالعقود قال الجصاص: «واقتضى قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ الوفاء بعقود البيعات والإجارات والنكاحات وجميع ما يتناوله اسم العقود، فمتى اختلفنا في جواز عقد أو فساده؛ وفي صحة نذر ولزومه؛ صح الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾»(١).

ويبدو من كلام الجصاص أن معنى هذه الآية يدل على الإباحة في العقود إلا ما استثناه الشرع من الأكل بالباطل كما في آية سورة النساء. وبهذا المعنى يعتبر الجصاص حسبما رأينا أول من تكلم في حرية التعاقد أو الأصل في العقود الإباحة.

والآيات في هذا المعنى كثيرة منها: قوله تعالى: ﴿وَبِعَهْدِ ٱللَّهِ أَوْفُوا۟﴾(٢)، ﴿وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾(٣)، وقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَٰهَدُوا۟﴾(٤).

وهذا يدل على أن نصوص القرآن تقرر حرية الإرادة العقدية في تنشئة العقود إلا ما نص الشرع على تحريمه.

---

(١) أحكام القرآن ٣/ ٢٩٦.

(٢) سورة الأنعام ١٥٢.

(٣) سورة الإسراء ٣٤.

(٤) سورة البقرة ١٧٧.

المبحث الثاني

حرية التعاقد في السنة النبوية

إن السنة النبوية هي المبينة للكتاب لقوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾[(١)]، وهذا البيان النبوي للقرآن يشمل أفعاله وأقواله وتقريراته عليه الصلاة والسلام، ويضيف أحكاما جديدة يرفع بها عفو القرآن فيما تقتضيه الحكمة الإلهية.

وفي باب حرية التعاقد نجد نصوصا كثيرة تدل في بيانها على حرية الإرادة في تنشئة العقود، لارتباطها بالمتغيرات في حياة الناس؛ ولرفع الحرج عنهم. نذكر بعض هذه النصوص في هذا المبحث ونؤجل النصوص الأخرى إلى الفصل المخصص لحرية التعاقد عند الفقهاء، لاحتجاجهم بهذه النصوص النبوية في حرية الإرادة وهم جمهور الفقهاء.

١ ـ عن عقبة بن عامر[(٢)] قال: قال رسول اللَّه ﷺ: «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[(٣)].

---

(١) سورة النحل ٤٤.

(٢) عقبة بن عامر الجهني صاحب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، كان فقيها علامة قارئا لكتاب الله، بصيرا بالفرائض فصيحا مفقها، حدث عنه جبير بن نفير وسعيد المقري وعلي بن رباح ت: ٥٨هـ (تذكرة الحفاظ ج١ ص ٤٢).

(٣) أخرجه الإمام البخاري في كتاب النكاح ـ باب الشروط التي لا تحل في النكاح. حديث رقم ٢٧٢١.
أخرجه الإمام مسلم في كتاب النكاح ـ باب الوفاء بالشروط في النكاح ـ حديث رقم: ١٤١٨ ـ ص: ٥٧١ ـ ت: محمد محمد تامر.
وأخرجه أبو داوود في كتاب النكاح ـ باب في الرجل يشترط لها دارها ـ حديث رقم: ٢١٣٩ ـ ص: ٣٩٦.
وأخرجه الترمذي في كتاب النكاح أحديث رقم ـ ١١٣٠ ـ ج: ٣.
وأخرجه النسائي في كتاب النكاح أباب الشروط في النكاح أج٣ ـ ص: ٩٣.
وأخرجه ابن ماجة في كتاب النكاح أباب الشرط في النكاح أبلفظ «: إن أحق الشرط. . .»حديث رقم: ١٩٥٤ ـ ج: ١.
وأخرجه الدارمي في كتاب النكاح أباب الشرط في النكاح أحديث رقم: ٢١٩٩ ـ ج: ٢ ـ ص: ١٠٠.

فهذا الحديث يدل على وجوب الوفاء بالشروط عامة ، وأحقها بالوفاء شروط النكاح لأنها متعلقة بالأبضاع ويجب الاحتياط فيها دفعا للنزاعات وجلبا للاستقرار في البيوت.

٢ ـ عن عبد اللّه بن عمر رضي اللّه عنهما أن النبي ﷺ قال: «أربع من كن فيه كان منافقا خالصا، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا أؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر»[(١)].

٣ ـ قوله ﷺ: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا ولم يعطه أجره»[(٢)]

٤ ـ قوله ﷺ: «إنما البيع عن تراض»[(٣)].

وفي آثار الصحابة ما يوافق الآيات والأحاديث، فقد روي عن عمر بن الخطاب رضي اللّه عنه قوله: «إن مقاطع الحقوق عند الشروط؛ ولك ما شرطت»[(٤)].

---

(١) أخرجه الإمام البخاري في كتاب الإيمان أباب علامات المنافق ـ حديث رقم: ٣٤.
وأخرجه الإمام مسلم في كتاب الإيمان أباب بيان خصال المنافق أحديث رقم ٥٩ ـ ص: ٤٥.
وأخرجه الترمذي مع العرضة في سننه ـ حديث رقم: ٢٦٤١.
وأخرجه النسائي في كتاب الإيمان و شرائعه أباب علامة المنافق ـ ج ـ ٤ ـ ص: ١٢٦. .

(٢) أخرجه الإمام البخاري في كتاب البيوع ـ باب إثم من باع حرا.
وأخرجه ابن ماجه في كتاب الرهون أباب أجر الإجراء أبلفظ: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة،ومن كنت خصمه خاصمته يوم القيامة، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا فأكل ثمنه،ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره» حديث رقم: ٢٤٤٢ ـ ج: ٢ ـ ص: ٨١٦.

(٣) أخرجه ابن ماجه في كتاب التجارات ـ باب بيع الخيار أحديث رقم: ٢١٨٥ ـ ج: ٢ ـ ص: ٧٣٧ ـ قال في الزوائد: إسناد صحيح، ورجاله موثقون.
وأخرجه ابن حبان في صحيحه ـ في كتاب البيوع ـ باب البيع المنهي عنه ـ ذكر العلة التي من أجلها زجر عن هذا البيع ـ حديث رقم: ٤٩٤٦ ـ ج: ٧ص: ٢٢٤ ـ الإحسان.
وأخرجه أبو داود في كتاب الإجارة أباب في خيار المتبايعين ـ بلفظ: «لا يفترقن اثنان إلا عن تراض» ـ حديث رقم: ٣٤٥٨ ـ ص: ٦٥٤.
وأخرجه الترمذي بالعارضة ـ في كتاب البيوع ـ بلفظ «لا يتفرقن عن بيع إلا عن تراض» حديث رقم: ١٢٥٢.

(٤) أخرجه الإمام أحمد في مسند باقي مسند المكثرين ١٢٥٨٩ ٣/ ١٥٤، وابن حبان في

وقول القاسم بن محمد[١] عند ما سئل عن العمرَى: «ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم وما أعطوا»[٢].

خلاصة عامة للمبحثين:

يقول مصطفى الزرقا: «إن نصوص الكتاب والسُّنة التي هي أصل الاجتهادات الفقهية في الشريعة الإسلامية قد بلغت في شأن سلطان الإرادة العقدية غاية العموم والمرونة..

فهذه النصوص وأمثالها تفيد أن الأصل في استحقاق مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه إنما هو رضا صاحبه: إما على سبيل التجارة والتبادل أو على سبيل المنح والتنازل عن طيب نفس واختيار....»[٣].

ويستخلص من نصوص الكتاب والسُّنة القاعدة العامة وهي:

الأصل في العقود والشروط الإباحة
إذا كانت برضا المتعاقدين إلا ما دل دليل على منعه

من هذا المنطلق يؤثر الواقع في تطور العقود باستحداث معاملة مالية شريطة ألا تدخل في ما نهى الشرع عنه.

صحيحه ١٩٤ ١/ ٤٢٢، والطبراني في المعجم الأوسط ٢٦٠٦ ٣/ ٩٨، والبيهقي في السنن الكبرى ١٢٤٧٠ ٦/ ٢٨٨ وفي شعب الإيمان٤٣٥٤ ٤/ ٧٨.

(١) القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق عتيق بن عثمان رضي الله عنه الامام القدوة أبو عبد الرحمن القرشي التيمي المدني الفقيه، سمع عمته عائشة وابن عباس وفاطمة بنت قيس... وعنه ابنه عبد الرحمن والزهري وابن المنكدر...قال يحيى بن سعيد الأنصاري: ما أدركنا بالمدينة أحدا نفضله على القاسم. ت:١٠٧هـ (تذكرة الحفاظ ج: ١ ص ٩٦).

(٢) المنتقى على الموطأ: ٦/ ١٣٣.

(٣) المدخل ١/ ٤٦٦ ـ ٤٧٦.

الفصل الخامس

حرية التعاقد في الفقه والقانون

المبحث الأول: التكييف الفقهي لحرية التعاقد

المبحث الثاني: أثر الإسلام في تطور حرية الإرادة التعاقدية

المطلب الأول: رضائية العقود في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: مذهب تحرير العقود: اتجاه ابن تيمية

المطلب الثالث: التضييق في العقود: اتجاه ابن حزم...

المطلب الرابع: مناقشة حجج ابن حزم

المبحث الثالث: التكيف القانوني لحرية التعاقد..

المبحث الأول

التكييف الفقهي لحرية التعاقد

إن حرية التعاقد في الفقه الإسلامي من المبادئ الأساسية في تنشئة العقود وترتيب الآثار عليها ومنطلق أساسي لأي تطور في العقود المالية إذا دعت الحاجة إلى ذلك كما تقول القاعدة الفقهية:

«**فما لا يتم المعاش إلا به فتحريمه حرج**»(١).

وفي المعاملات المالية وضع الفقهاء قاعدة تقول:

«**للناس في المعاملات المالية أن يستحدثوا من العقود ما تدعو إليه حاجتهم**»(٢).

ثم إن جمهور الفقهاء يعتبر العقود من قسم العادات التي الأصل فيها المصالح ما لم يدل الدليل على المنع. ونصوا على قاعدة في هذا الشأن: «**لا تشرع عبادة إلا بشرع اللَّه ولا تحرم عادة إلا بتحريم اللَّه**»(٣).

فانتماء العقود بصفة عامة والعقود المالية بصفة خاصة إلى قسم العادات الذي يخضع للاستحداث والتغير تبعا لسلوك الناس في معاشهم؛ يرفع الحرج عن الأمة في الالتزام بتعاليم الشرع؛ وينشط التكييف الفقهي للمستجدات، لمرونة التعاليم في هذا القسم. يقول ابن تيمية رحمه اللَّه في شأن التمييز المنهجي في التعامل مع العقود بصفة عامة: «إن تصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعان:

عبادات يصلح بها دينهم، وعادات يحتاجون إليها في دنياهم. فباستقراء أصول الشريعة نعلم أن العبادات التي أوجبها اللَّه أو أحبها لا يثبت الأمر بها إلا بالشرع. وأما العادات هي ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه، والأصل فيه عدم الحظر، فلا يحظر إلا ما حظره اللَّه سبحانه وتعالى. وذلك لأن الأمر والنهي هما شرع اللَّه. والعبادة لابد أن تكون مأمورا بها، فما لم يثبت أنه مأمور به كيف يحكم على أنه محظور. . .

والعادات الأصل فيها العفو فلا يحظر منها إلا ما حرم اللَّه. . . والشريعة

---

(١) القواعد النورانية ص ١٤٣.

(٢) علم أصول الفقه لخلاف: ص ٢١٠.

(٣) نظرية الضرورة: الزحيلي: ص ٣٥.

جاءت بالعادات الحسنة وحرمت ما كان فيه فساد؛ وأوجبت منها ما لا بد منه، وكرهت ما لا ينبغي، واستحبت ما فيه مصلحة راجحة من أنواع هذه العادات. . .»

والعقود كلها من بيع وشراء وإجارة ونكاح ورهن من العادات»[١].

فابن تيمية ينبه إلى عدم الخلط بين المنهج المرتبط بالعبادات التي الأصل فيها الأمر الشرعي؛ كما وقع للظاهرية التي تعاملت مع العقود بمنهج العبادات. . . والمنهج المرتبط بالعادات التي الأصل فيها المصالح، وأن الشريعة جاءت بالعادات الحسنة حيث حرمت ما كان فيه فساد؛ وأوجبت ما لا بد منه؛ وكرهت ما لا ينبغي؛ واستحبت ما فيه مصلحة راجحة؛ وهذا يعني أن الشريعة جاءت لاقتلاع المفاسد أو تقليلها، كما تقول القاعدة:

«إن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضتها حاجة راجحة أبيح المحرم»[٢].

وهذا الأمر يقتضي مراعاة المصالح الراجحة وإن كانت مرفقة بالمفاسد المرجوحة، ولا يتأتى هذا المنهج إلا لمن له الخبرة بالشرع والخبرة بأوضاع الناس، لمراعاة المقابلة من حيث الجزاء.

وفي هذا الصدد تكون العقود المالية التي تحدثها الأعراف والنوازل والأقضية من اللازم منهجيا أن تصنف من قسم العادات، يقول عادل بن عبد القادر: «**إحداث العقود وصناعتها هي نتاج الأعراف والأقضية»**[٣].

ويقول أبو زهرة في هذا التطور نفسه الذي يستلزم التكييف الفقهي الجديد: «إن الصفقات التجارية قد اتسع أفقها وتشعبت أنواعها وتتنوع بحسب العرف التجاري ما يشرطه العاقدون حتى وجدت عقود لم تكن؛ وتفنن الناس في الشروط»[٤].

إذا كان الأمر كذلك، فإن التشريع الإسلامي نقى العقود من كل الشكليات التي تعوق تطور العقود؛ وجعل جوهرها الأساسي: هو رضا المتعاقدين في ما لم يَنْهَ عنه شرعا.

ولبيان هذا الأمر، نبين أولاً: كيف حرر الإسلام حرية الإرادة في العقود من الشكليات المسيطرة عليها في العصر الجاهلي.

---

(١) مجموع الفتاوى الكبرى: ٢٩ ـ ١٨.
(٢) القواعد النورانية: ص ١٣٣.
(٣) العرف أثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة: ١/ ٢٩٠.
(٤) كتاب ابن تيميه لأبي زهرة: ص ٣٨٥.

المبحث الثاني

أثر الإسلام في تطور حرية الإرادة التعاقدية

كانت الشكلية في العصر الجاهلي هي المسيطرة على حرية أحد العاقدين وإرادته، كبيع الملامسة؛ والمنابذة؛ وإلقاء الحجر؛ فقد تعورف فيها أن المشتري إذا لمس المبيع؛ أو ألقى حجرا عليه؛ أو نبذه إليه البائع؛ فقد لزم العقد. فجاء التشريع الإسلامي فحرر العقود من هذه القيود السخيفة، وربطها بالإيجاب والقبول المبنيين على التراضي والاختيار والأهلية. وجعل التراضي هو جوهر التعاقد في المعاوضات، وطيب الخاطر في التبرعات، كما جاء في قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[١]، وقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[٢].

ولم يشرط الإسلام الشكليات في العقود إلا إذا كان لها مساس بالغاية المقصودة من العقد، كاشتراط الشهود في الزواج، واشتراط القبض في عقود الإذعان: كالرهن والتبرع.

بل سوغ بيع التعاطي عند جمهور الفقهاء، ولم يفرق في البيع بين المنقول والعقار، ولا بين حضور المبيع وغيابه، وصحح التشريع الإسلامي عقود الصغار المميزين والأرقاء إذا كانت بإذن الأولياء والموالي في التجارة، **ولم يفرق بين المرأة والرجل في عقد العقود والتعبير عن الإرادة في تنشئتها**[٣].

وعند الأمم الأخرى لا قيمة لحرية الإرادة في العقود كما سيأتي في مبحث: حرية الإرادة في القانون الوضعي.

وهذا إن دل على شيء؛ فإنما يدل على أن الإسلام حرر الإرادة البشرية من القيود السخيفة، وجعل الرضا هو أساس التعاقد إلا في ما حرم الشرع الإلهي رحمة بالناس.

ونتقل بعد هذا إلى رضائية العقود في الفقه الإسلامي.

---

(١) سورة النساء ٢٩.
(٢) سورة النساء الآية ٤.
(٣) انظر: المدخل الفقهي: الزرقاء: ١/ ٢٩٨ ـ ٢٩٩.

المطلب الأول: رضائية العقود في الفقه الإسلامي:

اتفقت الاجتهادات الفقهية على أن الرضا أساس العقود، لقوله تعالى في المعاملات المالية: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾(١)، وقوله سبحانه في استحقاق أخذ شيء من حقوق الزوجات: ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾(٢).

فكان مجرد التراضي يولد العقد والتزاماته دون حاجة لممارسات شكلية معينة، إلا بما فيه مساس بالمقصد. والإرادة حرة في إبرام العقد دون خضوع لأي نوع من أنواع الإكراه، إلا بما توجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة، كبيع القاضي أموال المدين المماطل جبرا عنه لإيفاء ديونه.

يقول السنهوري في رضائية العقد في الفقه الإسلامي: «و الذي يلفت النظر في أحكام العقد، قاعدة أساسية قررها الفقهاء، تقضي بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد. **ووجه الغرابة في ذلك أن هذه القاعدة على بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث لم يصل القانون الروماني على عراقته إلى تقريرها كقاعدة عامة حتى في آخر مراحل تطوره**. ولعل السر في وصول الفقهاء إلى هذه القاعدة؛ ما كان للدين من الأثر البليغ في تقرير قواعد الفقه أصولا وفروعا. ويكفي لترجيح هذا الرأي أن نذكر أن العقد في أوربا لم يصبح رضائيا إلا تحت تأثير عوامل مختلفة من أهمها الدين المسيحي وقوانين الكنيسة، وهي تحض على وجوب الوفاء بالعهد، فصار تقييد الإنسان بكلمته يتفق مع آداب الدين، ثم انتقل ذلك من الدائرة الدينية إلى الدائرة القانونية. وقد تم ما يعادل هذا في الشريعة الإسلامية، فإن مشروعية العقد تستند عادة إلى القرآن والحديث، قال تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ﴾(٣)، وقال النبي ﷺ: «لا إيمان لمن لا أمانة له ولا دين لمن لا عهد له(٤)»(٥).

---

(١) سورة النساء ٢٩.

(٢) سورة النساء ١٤.

(٣) سورة المائدة: ٠١.

(٤) أخرجه حبان في صحيحه ـ في كتاب الإيمان أباب فرض الإيمان ذكر خبر يدل على أن المراد بهذه الأخبار نفي الأمر عن الشيء للنقص عن الكمال ـ حديث رقم: ١٩٤ ـ ج: ١ص: ٢٠٨ ـ الاحسان.
وأخرجه الإمام أحمد في مسند باقي مسند المكثرين ١٢٥٨٩ ٣/ ١٥٤، ١٩٤ ١/ ٤٢٢، والطبراني في المعجم الأوسط ٢٦٠٦ ٣/ ٩٨، والبيهقي في السنن الكبرى ١٢٤٧٠ ٦/ ٢٨٨ وفي شعب الإيمان٤٣٥٤ ٤/ ٧٨.

(٥) مصادر الحق ١/ ٣٢. ٣٣.

لكن مع هذا كله شكل مبدأ حرية التعاقد في الفقه الإسلامي اتجاهات مختلفة أحصرها في اتجاهين هما:

أولاً: اتجاه يمثله ابن تيمية وهو مذهب الجمهور الذي يقرر أن الأصل في العقود والشروط الإباحة إلا ما دل الدليل على منعه.

ثانياً: اتجاه يمثله ابن حزم الذي يقرر أن الأصل في العقود والشروط الحظر إلا ما دل الدليل على جوازه.

المطلب الثاني: مذهب تحرير العقود: اتجاه ابن تيمية:

في الحقيقة لم أر ممن تقدم ابن تيمية من الفقهاء من ناقش حرية التعاقد وانتصر لها غير ما رأيته عند أبي بكر الجصاص في تفسيره لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾(١)، فقال في ذلك: «فمتى اختلفنا في جواز عقد أو فساده صح الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾(٢)، لاقتضاء عمومه جواز جميعها من الكفالات والإجارات والبيوع وغيرها»(٣).

فهذه العبارة تدل على أن قائلها يرى أن الأصل في العقود الجواز، وابن تيمية يقول: «إن أصول أحمد المنصوص عنه تتجه هذا الاتجاه وأن مالكا قريب منه.»(٤).

واستدل على تقرير رأيه في العقود والشروط بالكتاب والسُّنة والاعتبار، ألخص أدلته فيما يلي:

لقد استدل رحمه اللّه تعالى بآيات منها قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾(٥)، والعقود هي: العهود.

وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُلۡتُمۡ فَٱعۡدِلُواْ وَلَوۡ كَانَ ذَا قُرۡبَىٰۖ وَبِعَهۡدِ ٱللَّهِ أَوۡفُواْۚ﴾(٦)، وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾(٧)، فجعل سبحانه التراضي أساس عقود المعاوضات، وقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا﴾(٨)، فجعل طيب الخاطر أساس التبرع، وقوله تعالى: ﴿وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ﴾(٩).

---

(١) سورة المائدة الآية ١.
(٢) المائدة ١.
(٣) أحكام القرآن: ٢ الجصاص:/ ٣١٢.
(٤) القواعد النورانية: ١٨٨.
(٥) سورة المائدة ١.
(٦) الأنعام الآية ١٥٢.
(٧) النساء الآية ٢٩.
(٨) سورة النساء ٤.
(٩) السورة نفسها الآية رقم ١.

فقد جمع سبحانه في هذه الآية الأخيرة أحكام الأسباب التي بين بني آدم المخلوقة كالرحم؛ والمكسوبة كالعقود التي يدخل فيها الصهر وولاية اليتيم.

وقوله ﷺ: «قال تعالى: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا ثم أكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره»[(١)].

واستدل بأحاديث كثيرة أخرى وآثار الصحابة رضوان اللَّه عليهم جميعا.

وفي الأخير قرر رحمه اللَّه تعالى أن الكتاب والسُّنة قد أمرا بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود، وبأداء الأمانة ورعاية ذلك، ونهيا عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك.

ولما كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع: لم يجز أن يؤمر بها مطلقا، وبذم من نقضها وغدر مطلقا. . .

وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأمورا به: علم أن الأصل صحة العقود والشروط.

*** أدلته من الاعتبار:**

قال رحمه اللَّه إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية؛ والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل ذلك على التحريم. كما أن الأعيان: الأصل فيها عدم التحريم، وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾[(٢)]، **عام في الأعيان والأفعال**. وإذا لم يكن حراما لم تكن فاسدة وكانت صحيحة.

وأيضا فليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ماثبت حله بعينه، **وأن انتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم**، فثبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم، فيكون فعلها: إما حلالا وإما عفوا؛ كالأعيان التي لم تحرم. . .

ثم قال: إن الأحكام الثابتة بأفعالنا؛ كالملك الثابت بالبيع؛ وملك البضع الثابت بالنكاح؛ قد أحدثنا أسباب تلك الأحكام له، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا لم يثبته ابتداء، كما أثبت الواجبات وتحريم المحرمات المبتدئة.

فإذا كنا نحن المثبتين لذلك الحكم ولم يحرم الشارع علينا رفعه؛ فمن اشترى

---

(١) البخاري: سبق تخريجه في حرية التعاقد في السنة.

(٢) الأنعام الآية ١١٩.

عينا فالشارع أحلها له وحرمها على غيره؛ لإثباته سبب ذلك: وهو الملك الثابت بالبيع. وما لم يحرم الشارع عليه رفع ذلك، فله أن يرفع ما أثبته على أي وجه أحب؛ ما لم يحرمه الشارع عليه؛ كمن أعطى رجلا مالا؛ فالأصل أن لا يحرم عليه التصرف فيه، وإن كان مزيلا للملك الذي أثبته المعطي ما لم يمنع مانع، وهذه نكتة المسألة التي يتبين بها مأخذها؛ وهو أن الأحكام الجزئية؛ من حل هذا المال لزيد وحرمته على عمرو لم يشرعها الشارع شرعا جزئيا؛ وإنما شرعها شرعا كليا مثل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾(١)، ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾(٢).

وهذا الحكم الكلي ثابت سواء وجد هذا البيع المعين أولم يوجد... ثم قال: إن الأصل في العقود رضى المتعاقدين، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد، لأن اللّه تعالى قال في كتابه العزيز: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾(٣)، وقال: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾(٤)، فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه، فدل على أنه سبب له، وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب، دل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم، وإذا كان طيب النفس هو المبيح لأكل الصداق، فكذلك سائر التبرعات قياساعليه بالعلة المنصوص عليها التي دل عليها القرآن.

وكذلك قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾(٥)، لم يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك فإن تراض المتعاقدين بتجارة أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة القرآن، إلا أن يتضمن ما حرمه اللّه ورسوله كالتجارة في الخمر(٦).

هكذا قرر ابن تيمية حرية التعاقد وأسهم بشكل كبير في تطور العقود في الفقه الإسلامي.

لكن ما ذهب إليه في حرية التعاقد يختلف عن مذهب القانونيين الذي يقول: «العقد شريعة المتعاقدين».

فابن تيمية يرى أن الإرادة تنشئ العقد لكن الشريعة تتدخل في ترتيب ما لكل عقد من حكم وآثار، لهذا يقول الفقهاء: «**العقود أسباب جعلية شرعية**»، بمعنى أن

(١) البقرة الآية ٢٧٥.
(٢) النساء ٢٤.
(٣) النساء الآية ٢٩.
(٤) النساء الآية ٤.
(٥) النساء: ٢٤.
(٦) يعتبر هذا كلام ابن تيمية بتلخيص منا دون الإخلال بالمعنى. انظر: القواعد النورانية: ص ٢٠٠ إلى ٢١٤.

الرابط بين العقد وحكمه أوآثاره باعتبار أحدهما سببا والآخر مسببا ليست رابطة طبيعية عقلية، فإذا وجد السبب ترتب عليه وجود المسبب حتما، بل هي رابطة جعلها الشارع بينهما. يقول البزدوي(١): «إن العلل الشرعية غير موجبة بأنفسها، فإن هذه العلل كانت موجودة قبل ورود الشرع، ولم تكن موجبة لهذه الأحكام بخلاف العلل العقلية فإنها موجبة بأنفسها»(٢).

وهذا لا يعني التناقض مع حرية الإرادة في العقود. وهنا نجد الشاطبي رحمه اللَّه يميز بين تنشئة العقد والآثار المترتبة عليه بقوله:

«إن الغرض إنما هو في موقع الأسباب بالاختيار لأن تكون أسبابا، لكن مع عدم اختياره للمسبب، وليس الكلام في وضعها بغير اختيار، والجمع بينهما ممكن عقلا، لأن أحدهما سابق على الآخر فلا يتنافيان، كما إذا قصد الوطء واختاره وكره خلق الولد؛ أو اختار وضع البذر في الأرض وكره نباته؛ أو رمى بسهم صوبه على رجل ثم كره أن يصيبه؛ وما أشبه ذلك. فكما يمكن اجتماعهما في العاديات فكذلك في الشرعيات»(٣).

ويقول القرافي(٤): «إن اللَّه سبحانه وتعالى تفضل على عباده فجعل ما هو حق لهم بتسويغه وتمليكه وتفضله لا بنقل الملك فيه إلا برضاهم، ولا يصرح الإبراء منه إلا بإسقاطهم، وكذلك لإسقاط الضمان في إتلافه؛ أو بالإذن في مباشرته على سبيل الأمانة، كما أن ما هو حق للَّه تعالى صرف لا يتمكن العباد من إسقاطه والإبراء منه، بل ذلك يرجع إلى صاحب الشرع، فكل واحد من الحقين موكول لمن هو منسوب له إثباتا وإسقاطا»(٥).

هكذا يتبين لنا الفرق بين الاختيار وترتيب الشارع الحكم على العقد، كما يختار الإنسان وضع البذر في الأرض ولكن لا يملك إنباته لأن ذلك من حق اللَّه

(١) محمد بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم أبو اليسر، صدر الإسلام البزدوي، فقيه بخارى، ولي القضاء بسمرقند، انتهت إليه رياسة الحنفية فيما وراء النهر ـ ولد سنة: ٤٢١هـ، وتوفي سنة ٤٩٣هـ(الاعلام أج: ٧ ص: ٢٢).

(٢) كشف الأسرار ١ ـ ٩١.

(٣) الموافقات ١/ ١٥١.

(٤) شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي الصنهاجي المصري الإمام العلامة الحافظ الفهامة، وفريد عمره، المؤلف المتفنن، شيخ الشيوخ، وعمدة أهل التحقيق والرسوخ، أخذ عن أبي عمر وابن الحاجب والعز بن عبد السلام. . .له التنقيع ـ الذخيرة ت: ٦٨٤هـ (شجرة النور ـ ١٧٨).

(٥) الفروق: ف ٣٢: ١/ ٣٣٢.

تعالى، كما ظهر هذا في العاديات يظهر أيضا في الشرعيات، يقول أبو زهرة: «فالعاقد ينشئ العقد فقط ولكن لا ينشئ الآثار، وتأثير إرادته في تكوين العقد وإيجاده لا في إعطاء أحكامه وأثاره، وعلى ذلك تكون مقتضيات العقود كلها من أعمال الشارع لا من أعمال العاقد، ولذا يقول الفقهاء عن العقود: أسباب جعلية شرعية»[١].

ويقول الزحيلي: «اتفق الفقهاء على أن ترتيب آثار العقود هي في الأصل من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين، فإرادة المتعاقدين هي التي تنشئ العقد، ولكن الشريعة هي التي ترتب ما لكل عقد من حكم وآثار.. **حتى لا يبغي بعض الناس على بعض** مما يشرطون من شروط، وحتى يكون لكل تصرف حكمه من المشرع الحكيم»[٢].

وهذا يعني أن سلطان الإرادة في الفقه مقيد بالتعادل بين الغنم والغرم بخلا ف القانون.

المطلب الثالث: التضييق في العقود: اتجاه ابن حزم[٣]:

ذهب بعض الفقهاء إلى أن الأصل في العقود والشروط الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته، وفارس هذا الاتجاه: ابن حزم الظاهري. ألخص مذهبه في حرية الإرادة فيما يلي:

وأما العقود والشروط والوعد فإن أصل الاختلاف فيها على قولين لا يخرج الحق عن أحدهما؛ وما عداهما فتخليط ومناقضات لا يستقر لقائلها قول على حقيقة، فأحد القولين المذكورين أنها كلها لازم حق إلا ما أبطله منها نص، والثاني أنها كلها باطل غير لازم إلا ما أوجبه منها نص؛ أو ما أباحه منها نص، ثم ذكر ابن حزم حجة من قال بالرأي الأول وذكر بعد ذلك الرأي الثاني.

الرأي الأول:

من أدلته من القران:

قال تعالى: ﴿وَمَا يُضِلُّ بِهِۦٓ إِلَّا ٱلْفَـٰسِقِينَ ۝ ٱلَّذِينَ يَنقُضُونَ عَهْدَ ٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ مِيثَـٰقِهِۦ وَيَقْطَعُونَ مَآ أَمَرَ ٱللَّهُ بِهِۦٓ أَن يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِى ٱلْأَرْضِ ۚ أُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْخَـٰسِرُونَ﴾[٤]

---

(١) نظرية العقد: أبو زهرة ك ص ٢٢٦.

(٢) الفقه الإسلامي ٤/ ١٩٩، وانظر أيضا: نظرية العقد ليوسف موسى: ص ٤١١.

(٣) انظر الإلا حكام في اصول الاحكام ٢ ـ ص ـ ٦، ٨، ٤٠، ٤١ء.

(٤) سورة البقرة، آيتا: ٢٦، ٢٧.

وقال تعالى: ﴿ أَوَكُلَّمَا عَـٰهَدُواْ عَهْدًا نَّبَذَهُۥ فَرِيقٌ مِّنْهُم ۚ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ ﴾[١]

وقال تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ۚ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَـٰمِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾[٢]

من أدلته من السنة:

وذكروا ماحدثناه عبد اللَّه بن يوسف، نا عبد اللَّه ابن فتح، نا عبد الوهاب بن عيسى، نا أحمد ابن محمد، نا أحمد ابن علي، ثنا مسلم بن زهير بن حرب، ثنا وكيع، نا سفيان هو الثوري، عن الأعمش، عن عبد اللَّه بن مرة عن مسروق، عن عبد اللَّه بن عمرو قال: قال رسول اللَّه ﷺ: «أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة النفاق حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا وعد أخلف ، وإذا خاصم فجر» وبه إلى مسلم: نا عبد الأعلى بن حماد، ثنا حماد بن سلمة، عن داود بن أبي هند، عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة سعن النبيﷺ قال: «من علامات المنافق ثلاث وإن صلى وإن صام وزعم انه مسلم: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا وآئتمن خان» وبه إلى مسلم:

ثنا محمد بن عبد اللَّه بن نمير، ثنا أبي، ثنا عبيد اللَّه بن عمر، عن نافع، عن بن عمر قال: قال رسول اللَّهﷺ «إذا جمع اللَّه الأولين والأخرين يوم القيامة رفع لكل غادر لواء، فقيل هذه غدرة فلان وفلان».

وبه إلى مسلم: ثنا محمد بن المثنى، ثنا عبد الرحمان بن مهدي، ثنا شعبة، عن خليد، عن أبي نضرة، عن أبي سعيد، عن النبيﷺ قال: «لكل غادرلواء عند أسته يوم القيامة».

وبه إلى مسلم: نا محمد بن المثنى، نا يحيى بن سعيد القطان، عن عبد

الحميد بن جعفر، بن يزيد بن أبي حبيب، عن مرثد بن عبد اللَّه اليزني، عن عقبة بن عامر قال: قال رسول اللَّهﷺ «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج».

حدثنا عبد الرحمان بن عبد اللَّه بن خالد الهمداني، نا إبراهيم بن أحمد البلخي، نا الفربري، نا البخاري، نا يحيى بن سليم، عن إسماعيل بن أمية، عن سعيد ابن أبي سعيد، عن أبي هريرة عن النبيﷺ قال: «قال اللَّه عز وجل: ثلاثة أنا

---

(١) سورة البقرة، الاية ١٠٠.

(٢) سورة المائدة، الاية ١.

خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه اجره».

حدثنا عبد اللَّه بن ربيع ، نا محمد بن إسحاق، نا ابن الأعرابي، نا أبو داود السجستاني، نا سليمان بن داود المهري، ثنا ابن وهب، حدتني سليمان بن بلال، ثنا كتير ابن زيد، عن الوليد بن رباح، عن أبي هريرة قال: قال رسول اللَّه ﷺ: «المسلمون عند شروطهم».

الرأي الثاني من ادلته من القرآن

قال ابو قال ببطلان كل عقد وكل شرط وكل عهد وكل وعد، الاماجاءنص بإجازته بإسمه. ويقولون قال للَّه عزوجل ﴿ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ ﴾ وقال تعالى ﴿ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّـٰلِمُونَ ﴾.

من ادلته من السنة

عن عائشة ام المؤمنين ان رسول اللَّه ﷺ خطب عشية ، فحمد اللَّه واثنى عليه بما هو اهله ثم قال «أما بعد، فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب اللَّه، ما كان من شرط ليس في كتاب اللَّه فهو باطل ولو كان مائة شرط، كتاب اللَّه أحق وشرط أوثق».

خلاصة مدهبه في حرية التعاقد:

أدلته من الاعتبار:

وحجته وأدلته هي ما يلي:

من القرآن قوله تعالى: ﴿ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ ﴾[١] وقوله تعالى: ﴿ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّـٰلِمُونَ ﴾[٢] وقوله أيضا: ﴿ وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُۥ يُدْخِلْهُ نَارًا خَـٰلِدًا فِيهَا ﴾[٣].

إن أهم ما استدل به إبن حزم حديث عائشة: «قام رسول اللَّه ﷺ في الناس فحمد اللَّه وأثنى عليه ثم قال: «ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب اللَّه، ما كان من شرط ليس في كتاب اللَّه فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء اللَّه أحق وشرط اللَّه أوثق..»[٤].

(١) سورة المائدة الآية ٣. (٢) سورة البقرة الآية ٢٢٩.

(٣) سورة النساء ١٤.

(٤) أخرجه الإمام البخاري في كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل ـ ج: ٢ ـ ص١٤.

فهذه الآيات وهذه الأحاديث براهين قاطعة في إبطال كل عهد وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس في كتاب اللَّه الأمر به أو النص على إباحته؛ **لأن العقود والعهود والأوعاد شروط، واسم الشرط يقع على جميع ذلك.**

ثم ذكر الحجة العقلية التي خلاصتها: أن كل عقد أو شرط التزمه أحد العاقدين للآخر، إما أن يكون في نص القرآن أو السنة إيجابه أوْ لَا.

فالأول لا خلاف فيه، والثاني هو محل الخلاف، وهو لا يخلو من أحد أربعة أوجه:

الأول: أن يلتزم فيه العاقد إباحة ما حرم اللَّه.

والثاني: أن يلتزم فيه تحريم ما أباحه اللَّه.

والثالث: أن يلتزم إسقاط ما أوجبه اللَّه تعالى.

والرابع: أن يوجب على نفسه ما لم يوجبه اللَّه عليه.

وكل وجه من هذه الوجوه عظيم، وهو تعد لحدود اللَّه وخروج عن الدين.

ثم رد ابن حزم على القائلين بالإباحة، أن الآيات والأحاديث التي استدلوا بها خاصة، وليست عامة في الوفاء بالعقود والعهود. وأما حديث: «المسلمون عند شروطهم»: فغير صحيح، ولو صح لكان حجة لنا، لأن الرسول أضاف فيه الشروط للمسلمين، ولا شروط للمسلمين إلا ما أباحه اللَّه في القرآن والسُّنة.

*** وفي آخر الباب قرر ما يلي:**

فلما قام البرهان بكل ما ذكرنا وجب أن كل عقد أو شرط أو عهد أو نذر التزمه المرء فإنه ساقط مردود، ولا يلزمه منه شيء أصلا، إلا أن يأتي نص أو إجماع على أن ذلك الشيء الذي التزمه بعينه واسمه لازم له، فإن جاء نص أو إجماع بذلك لزمه، وإلا فلا. والأ براءة الذمم من لزوم جميع الأشياء إلإما ألزمنا إياه نص أوإجماع، فإن حكم حاكم بخلا ف ماقلنا فسخ حكمهس ووردبامر النبي ﷺ اذ يقول (من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد)

المطلب الرابع: مناقشة حجج ابن حزم

يبدو أن ما استدل به ابن حزم في جعل الأصل في العقود والشروط المنع إلا ما أورد الشارع جوازه يلخص في دليلين هما:

١ ـ حديث: «ما بال أقوام يشرطون شروطا ليست في كتاب اللَّه. . .»

٢ ـ لا إلزام إلا من الشارع، فمن التزم بعقد أو شرط لم ينص الشارع عليه فقد خالف الشارع.

وعندي أن ليس في هذين الدليلين ما يؤيد رأيه.

فأما الحديث، فإن المراد بالشرط الذي ليس في كتاب اللَّه الشرط الذي حرمه اللَّه، يدل على هذا قوله ﷺ: «قضاء اللَّه أحق وشرط اللَّه أوثق»، لأن كل هذا إنما يكون إذا خالف الشرط كتاب اللَّه وشرطه، بأن يكون المشروط مما حرمه اللَّه تعالى بنص خاص أوعام، فالمشروط لا بد أن يكون مما أباح الشارع فعله بدون شرط، ليكون اشتراطه جائزا والوفاء به واجبا.

فإن القرآن لم يشتمل على بيان كل الأشياء بخصوصها، وإنما اشتمل على بيان بعضها بخصوصها وعلى سائرها بعمومها.

فكل شرط دل دليل خاص أوعام على منعه لا يجوز اشتراطه، وكل شرط دل دليل خاص أو عام على إباحته جاز اشتراطه، ومن الأدلة العامة على الإباحة قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾[١].

وأما قول ابن حزم، أن من التزم ما لم يوجبه نص في القرآن أو السنة فقد تعدى حدود اللَّه، فهو مقبول بالنسبة للعبادات التي الأصل فيها الأمر الشرعي، وغير مقبول بالنسبة للعادات التي الأصل فيها المصالح. وقد سبق ذكر هذا في بداية البحث.

بناءً على ما سبق فإن مذهب الجمهور الذي ناضل عنه ابن تيمية كما رأينا؛ هو الراجح، لتناسبه مع طبيعة العقود في صلتها بالواقع البشري، فإذا كان الأمر كذلك فإن الفقه يعد أول تشريع قرر حرية التعاقد لاستناده إلى القرآن والسُّنة. ونظم هذه الحرية في إطار التعادل بين الغنم والغرم حتى لا يبغي بعض الناس على بعض فيما يشرطون ويعقدون. وفي المبحث التالي نتحدث عن هذه الحرية في القانون الوضعي.

---

(١) سورة المائدة: ١.

المبحث الثالث

التكييف القانوني لحرية التعاقد

إن القانون الوضعي، لم يشهد حرية التعاقد إلا بعد انتشار المذهب الفردي بسبب التطور في النظم الاقتصادية والاجتماعية والسياسية؛ بل إلا بعد انتشار الدين المسيحي في المجتمع. يقول الدكتور السنهوري: «إن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد فهو الغاية، ولخدمته يسخر المجموع، والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية؛ بل إن مظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة، وكما أن رجال الفلسفة يجعلون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية، فإن رجال القانون من أنصار هذا المبدأ يتخذون الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية. ولما كان الفرد يعيش في المجتمع، ولما كانت الغاية الأولى هي احترام حريته وإرادته؛ كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة، فلا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختارا، وكل التزام أساسه الرضاء. والاختيار يتمشى مع القانون الطبيعي، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها. فالإرادة الحرة هي إذا مبدأ القانون والغاية التي ينتهي إليها»[١].

إن العقود في القانون الوضعي قبل انتشار المذهب الفردي محاطة بأوضاع شكلية من الحركات والإشارات، فأدى تغير الواقع إلى إحداث حرية الإرادة في القانون الذي يحكم المجتمع تبعا لتطوره اجتماعيا واقتصاديا وسياسيا.

والقانون الروماني العريق تاريخيا لم يعترف بالإرادة في العقود إلا تحت تأثير الدين المسيحي الذي يحث على الوفاء بالعهود. وتُعاقب المحاكم الكنسية على ذلك، فانتقلت فكرة العقوبة من الإطار الديني إلى القانون المدني. يقول الدكتور السنهوري في شأن هذا التطور في القانون الروماني: «لم يعترف القانون الروماني في عصر من عصوره بمذهب سلطان الإرادة كاملا، بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوطها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة. أما مجرد توافق إرادتين فلا يكون عقدا ولا يولد التزاما. . . .

فكان المتعاقد إذا أقسم على احترام عقده ولو لم يفرغه في شكل مخصوص عند الحنث باليمين؛ يرتكب خطيئة يعاقب عليها؛ بل كان مجرد عدم الوفاء بالوعد

---

(١) الوسيط ج ص ١٤١.

خطيئة دينية؛ وسهل الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلزام المدني؛ حتى أصبح مجرد الاتفاق يجوز تنفيذه بدعوى أمام المحاكم الكنسية[١].

فكانت العوامل التي أثرت في مبدأ حرية الإرادة في القانون الوضعي هي:

١ ـ العامل الديني بسبب انتشار الدين المسيحي في المجتمع؛ وهو أول العوامل المؤثرة في مبدأ حرية الإرادة.

٢ ـ العامل الاقتصادي الذي تطور بقوة حركة التعامل التجاري الذي يقتضي إزالة المعوقات الشكلية في العقود.

٣ ـ العامل السياسي الذي يبسط نفوذ الدولة في التدخل في الروابط القانونية بين الأفراد وحماية العقود التي تتم بمجرد الاتفاق.

لكن هذا التطور أصابه التضخم بسبب الإفراط في حرية الإرادة. وعبر القانونيون عن تلك الحرية المطلقة بقاعدة مشهورة «العقد شريعة المتعاقدين»، دون نظر إلى فكرة التعادل بين الغنم والغرم. وتعتبر هذه المعادلة بين الغنم والغرم أساس الفرق بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي في سلطان الإرادة.

خلاصة القول: إن إرادة المتعاقدين قادرة على إنشاء أي عقد وعلى اشتراط أي شرط تشاء؛ إلا ما حرمه الشارع، يقول الدكتور السنهوري: هل العقود في الفقه الإسلامي مذكورة على سبيل الحصر؟ يبدو لأول وهلة أنها كذلك، ففي كتب الفقه لا نجد نظرية عامة للعقد، بل نجد على النقيض من ذلك عقودا مسماة تأتي عقدا بعد عقد على ترتيب غير منطقي، ويختلف هذا الترتيب من كتاب إلى آخر، حتى ليظن الباحث أن الفقه الإسلامي لا يعرف إلا هذه العقود المسماة، وأن أي اتفاق لا يدخل تحت عقد من هذه العقود لا يكون مشروعا.

ولكن هذه النظرة للفقه الإسلامي نظرة سطحية، فإن الباحث يلمح من خلال الأحكام التي يقررها الفقهاء في صدد هذه العقود المسماة؛ أنهم يسلمون بإمكان أن يمتزج عقدان أو أكثر من هذه العقود في عقد واحد، يجمع بين خصائص العقود التي امتزجت فيه، بل يلمح أن هناك قاعدة فقهية مسلمة هي:

إن المسلمين عند شروطهم؛ وإن كل اتفاق فيه الشروط التي يقررها الفقه الإسلامي يكون عقدا مشروعا[٢].

يقول الكاساني في شأن تطور العقود: «.. وروي عن النبي عليه الصلاة

(١) انظر الوسيط: ج ١ ص ١٤١ ـ ١٤٢.

(٢) مصادر الحق: ١/ ٦٢.

والسلام أنه قال: «المسلمون عند شروطهم»(١). فظاهره يقتضي لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما خص بدليل، لأنه يقتضي أن يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به.. وهذا لأن الأصل أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذي أوقعه إذا كان أهلا للتصرف؛ والمحل قابلا وله ولاية عليه»(٢).

وقال السنهوري: «فالعقود المسماة التي ذكرها الفقهاء في كتبهم، **هي عقود وقع التعامل بها في زمانهم، وإذا استحدثت الحضارة عقودا أخرى توفرت فيها الشروط المقررة فقها كانت عقودا مشروعة**(٣)..

إذا كان الأمر كما وصفنا فإن الأصل في الفقه الإسلامي حرية التعاقد في حدود النظام العام، كما في القانون الوضعي حرية التعاقد في حدود النظام العام. لكن دائرة النظام العام في الفقه تختلف عنها في القانون، لأن دائرة النظام العام في الفقه أوسع منها في القانون الوضعي؛ ولأن تحريم العقود الربوية وعقود الغرر يوسعان كثيرا من هذه الدائرة في الفقه الإسلامي. لكن توسيع دائرة حرية الاشتراط يوسع هذه الدائرة كما سنرى في المبحث التالي إن شاء اللَّه(٤).

---

(١) صحيح البخاري كتاب الإجارة باب أجر السمسرة.

(٢) البدائع: ٥/ ٢٥٩.

(٣) مصادر الحق ١/ ٦٣.

(٤) لما تعلقت حرية التعاقد بحدود النظام العام في الفقه الإسلامي، وأن النظام العام في الفقه يختلف عنه في القانون الوضعي أوضحه بما يلي:.

قال الزيلعي: «بيع ما ليس بمال عند أحد كالخمر والدم والميتة التي ماتت حتف أنفها والمدبر وأم الولد والمكاتب باطل؛ وإن كان مالا عند البعض كالحمر والخنزير، والتي لم تمت حتف أنفها مثل الموقوذة، فإن هذه الأشياء مال عند أهل الذمة...» ٤/ ٤٤ ـ ٤٥.

و يقول الكاساني: «لا ينعقد بيع الحر لأنه ليس بمال، و كذا بيع أم الولد لأنها حرة من وجه، لما روي عن رسول الله عليه السلام أنه قال: أعتقها ولدها...ولا ينعقد بيع الخنزير من المسلم لأنه ليس بمال في حق المسلمين» البدائع: ٥/ ١٤٠ ـ ١٤٣.

إذا حرية الإرادة في التعاقد في الفقه الإسلامي مقيدة بالنظام العام الذي هو الشريعة الإسلامية، وما اتفق عليه المجتمع فيما لم تنه عنه الشريعة بدليل صحيح. أما في القانون الوضعي؛ فإن النظام العام هو ما اتفق عليه المجتمع فقط.

ذكر السنهوري في النظام العام للقانون الوضعي ما يلي:.

النظام العام:.

١ ـ القواعد الدستورية والحريات العامة. لا يجوز الاتفاق على ما يعارضها.

٢ ـ النظم الإدارية مثلا فلا يجوز للموظف أن ينزل عن وظيفته لشخص آخر، فلا يجوز للطبيب أن يتفق مع صيدلي على أن يرسل الطبيب عملاءه لصيدلي ليشتروا منه الأدوية اللازمة لهم في مقابل جعل...

....

٣ ـ النظام القضائي فلا يجوز لأحد من الخصوم أن يتعاقد على اختصاص محكمة تكون غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها.
٤ ـ القوانين الجنائية لا يجوز الاتفاق على ارتكاب جريمة أو على تركها بالمقابل. . .
النظام الخاص: .
١ ـ الأحوال الشخصية تحقق مصلحة عامة فلا يجوز للأفراد الاتفاق على تعديلها فيما بينهم، وكذلك علاقة الشخص بأسرته.
٢ ـ المعاملات المالية: فمن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة، فيعتبر من النظام العام. من ذلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في البلاد، فهي تارة تفسح المجال للنشاط الفردي؛ وطورا تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف. ومن ذلك أيضا الأحكام التي تكفل حماية حسن النية والحماية من الغش والخطإ.
٣ ـ العلاقات الجنسية: كل اتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة باطل. . وبيوت الذعارة تعتبر باطلا وإن حصلت على ترخيص إداري، وكذلك كسب المال بطرق غير شريفة» مصادر الحق: ٣/ ٦٠ ـ ٦٦.

الفصل السادس

أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود المالية في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود في المذهب الحنفي.

*** تطور الفقه الحنفي**

المبحث الثاني: أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود في المذهب الشافعي.

المبحث الثالث: أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود في المذهب المالكي

*** خصوصية المذهب المالكي في الشروط**

المبحث الرابع: أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود في المذهب الحنبلي

*** إضافات شيخ الاسلام ابن تيمية**

المبحث الخامس: المقارنة بين المذاهب الفقهية

تمهيـد

لما كانت العقود تتطور في حدود النظام العام في الشريعة الإسلامية، وكان حجر الزاوية في تطورها هو مدى وجود حرية الاشتراط في التعاقد، خاصة العقود المستحدثة في النظام الاقتصادي المعاصر، كان من اللازم تخصيص هذا الفصل لحرية الاشتراط في الفقه من خلال المقارنة بين المذاهب الأربعة، لمعرفة الحدود المرسومة لتطور العقود المالية.

ومنهجية الدراسة في هذا الفصل كالتالي:

أولاً أنقل النصوص الفقهية لكل مذهب من مظانها، ثم نعلق عليها في حدود إبراز مدى تطور كل مذهب في العقود، فأبدأ بالمذهب الحنفي لكونه أشد المذاهب تضييقا، ثم أتبعه بالمذهب الشافعي لأنه أقرب إليه في التضييق، ثم المذهب المالكي، وأختم بالمذهب الحنبلي لكونه أبعد المذاهب تطورا في العقود خاصة في إضافة ابن تيمية لهذه المذاهب في قاعدة العقود.

المبحث الأول

أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود في المذهب الحنفي

إن حرية الاشتراط في العقود المالية جزء متم لحرية التعاقد. ولما كانت لحرية الاشتراط في العقود أهمية كبرى في تطورها؛ بدأنا بالمذهب الحنفي لأنه أشد المذاهب تضييقاً في تصحيح الشروط مخافة الوقوع في الربا أو الغرر. وفكرة الربا هي المسيطرة في تحريم كثير من المعاملات المالية.

لهذا الاعتبار نريد أن نحدد موقف الفقه الحنفي من تطور العقود المالية.

والشروط المقترنة بالعقد في الفقه الحنفي تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: الشرط الصحيح

القسم الثاني: الشرط الفاسد

أ ـ القسم الأول الشرط الصحيح:

والشرط الصحيح مقسم إلى شرط يقتضيه العقد أو يلائمه أوجرى به التعامل بين الناس.

* أولاً: الشرط الصحيح الذي يقتضيه العقد:

جاء في المبسوط: «أما أن يشترط شرطا يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى في البيع؛ أو شرط تسليم المبيع فالبيع جائز، لأن هذا بمطلق العقد يثبت، فالشرط لا يزيده إلا وكادة»(١).

وجاء في البدائع: «و أما الشرط الذي يقتضيه العقد؛ فلا يوجب فساده كما إذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع، أو باع بشرط أن يتملك الثمن، أو باع بشرط أن يحبس المبيع حتى يقبض الثمن، أو اشترى على أن يسلم المبيع، أو اشترى جارية على أن تخدمه، أو دابة على أن يركبها، ـ وثوبا على أن يلبسه، أو حنطة في سنبلها وشرط الحصاد على البائع، ونحو ذلك فالبيع جائز.. لأن البيع يقتضي هذه

(١) المبسوط ١٣/ ١٤.

المذكورات من غير شرط، فكان ذكرها في معرض الشرط تقريرا لمقتضى العقد، فلا توجب فساد العقد»[١].

وجاء في فتح القدير: «ثم جملة الأمر فيه، أي في الشرط؛ أنه إما أن يقتضيه العقد كشرط أن يحبس المبيع إلى قبض الثمن ونحوه، فيجوز لأنه مؤكد لموجب العقد»[٢].

يتبين من هذه النصوص المتقدمة أن الشرط الذي يقتضيه العقد لا خلاف في صحته، إذ هو محض تقرير لمقتضى العقد. ومقتضى العقد لازم دون شرط، فشرطه تأكيد وبيان.

فمن اشترى بشرط أن يتملك المبيع؛ أو أن يرد بالعيب؛ أو باع بشرط أن يحبس المبيع حتى يقبض الثمن؛ فكل من المبيع والشرط صحيح، لأنه شرط يقتضيه العقد، وشرطه بيان وتأكيد.

لكن فقهاء الأحناف لا يقصدون من تقرير هذه القاعدة الحكم بذاته؛ بل يقصدون التمهيد بذلك للاستثناءات الحقيقية: من مبدأ وحدة الصفقة؛ باستخدام دليل الاستحسان لجوازها؛ لحاجة الناس إلى ذلك، كما سنرى في الشرط الذي جرى به عرف ظاهر.

*** ثانياً: الشرط الملائم للعقد:**

يقول صاحب البدائع: «وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد لكنه ملائم للعقد؛ لا يوجب فساد العقد أيضا، لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى؛ مؤكد له على ما نذكره إن شاء اللَّه تعالى. فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد، وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشترى بالثمن رهنا؛ أو كفيلا؛ والرهن معلوم والكفيل حاضر فقبل.

وجملة الكلام في البيع بشرط إعطاء الرهن لا يخلو: إما أن يكون معلوما أو مجهولا. فإن كان معلوما فالبيع جائز استحسانا والقياس ألا يجوز، لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل، وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد، فكان مفسدا، إلا إذا استحسنا الجواز لأن هذا الشرط لو كان مخالفا مقتضى العقد صورة؛ فهو موافق له معنى، لأن الرهن بالثمن شرع توثيقا للثمن،

---

(١) البدائع ٥/ ١٧١.
(٢) فتح القدير: ٥/ ٢١٥.

وكذلك الكفالة؛ فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة، فكان كل واحد منهما مقررا لمقتضى العقد معنى. . . »[١].

وجاء في المبسوط: «و شرط الحوالة في هذا كشرط الكفالة، لأنه لا ينافي وجود أصل الثمن في ذمة المشتري، فإن الحوالة تحويل؛ ولا يكون ذلك إلا بعد وجود الثمن في ذمة المشتري، بخلاف ما لو شرط وجوب الثمن ابتداء على غير المشترى بالعقد؛ فإن ذلك ينافي موجب العقد فكان مفسدا للعقد»[٢].

الملاحظ من النصوص المتقدمة الذكر أن الحنفية لم يجيزوا الشرط الذي يلائم العقد إلا استثناء على سبيل الاستحسان؛ ملحقين إياه في المعنى بالشرط الذي يقتضيه العقد. وإلا فإن الشرط ولو لاءم العقد ما دام العقد لا يقتضيه لا يجوز على مقتضى القياس عندهم، فإن فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد، فيكون عقدا في عقد، وهذا لا يجوز؛ وإنما صح هذا الشرط على سبيل الاستحسان كما قدمنا، لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى. يقول صاحب المبسوط: «و إن شرط أن يرهنه المبتاع هذا بعينه ففي القياس العقد فاسد؛ لما بينا أنه شرط عقد في عقد؛ وفي الاستحسان يجوز هذا العقد، لأن المقصود بالرهن الاستيفاء. فإن موجبه ثبوت يد الاستيفاء وشرط استيفاء الثمن ملائم للعقد. ثم الرهن بالثمن للتوثيق بالثمن. فاشتراط ما يوثق به كاشتراط صفة الجودة في الثمن»[٣].

* ثالثاً: الشرط الذي يجري به التعامل:

يقول صاحب المبسوط: «و إن كان شرطا لا يقتضيه العقد وفيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضا؛ كما لو اشترى نعلا وشراكا بشرط أن يحذوه البائع، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجا بينا»[٤].

وجاء في البدائع: «كذلك إن كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضا، لكن للناس فيه تعامل فالبيع جائز»[٥].

وجاء في فتح القدير: «و للتعامل جوزنا الاستصناع، مع أنه بيع المعدوم. ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على أن يجعله البائع قلنسوة بشرط أن يبطن له البائع بطانة من عنده»[٦].

(١) البدائع ـ ٥/ ١ ١٧.
(٢) المبسوط ١٣/ ١٨.
(٣) المبسوط ١٣/ ١٩.
(٤) نفس المصدر: ١٣/ ١٤ . ١٥.
(٥) البدائع: ٥/ ١٧٢.
(٦) فتح القدير: ٥/ ٢٢١ ـ ٢٢٢.

فتقرير الأحناف للشرط الذي جرى به التعامل وفيه عرف ظاهر يدل على تأثير الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود. وإن كان الأحناف يقصرون هذا التطور بتعليقه بالمبيع ذاته، وأجازوا هذا بالاستحسان.

ب ـ القسم الثاني: الشرط الفاسد:

الشرط الفاسد عند الحنفية يفسد العقد، جاء في المبسوط: «و إن كان شرطا لا يقتضيه وليس فيه عرف ظاهر. فإن كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين فالبيع فاسد؛ لأن الشرط باطل في نفسه والمنتفع به غير راض بدونه، فتتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط، فلهذا فسد البيع. وكذلك إن كان فيه منفعة للمعقود عليه.

وحجتنا في ذلك نهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع وشرط[١]، ولأن في هذا الشرط منفعة للمعقود عليه؛ والعقد لا يقتضيه فيفسد به العقد؛ كما لو شرط ألا يبيع، يوضحه أن لو شرط في الجارية أن يتولدها؛ أو في العبد أن يدبره؛ كان العقد فاسدا. فإذا كان اشتراط حق العتق لها يفسد البيع فاشتراط حقيقة العتق أولى، ودعواه أن هذا الشرط يلائم العقد لا معنى له، فإن البيع موجب للملك، والعتق مبطل له، فكيف يكون بينهما ملاءمة، ثم هذا الشرط يمنع استدامة الملك؛ فيكون ضد ما هو المقصود بالعقد. وبيع العبد نسمة، لا يكون بشرط العتق؛ بل يكون ذلك وعدا من المشتري؛ ثم البيع بعقد مطلقا وهو تأويل حديث عائشة رضي اللّه عنها، فإنها اشترت بريرة رضي اللّه عنها مطلقا، ووعدت لها أن تعتقها لترضى هي بذلك، فإن بيع المكاتبة لا يجوز بغير رضاها.

وإذا اشترى شيئا وشرط على البائع أن يحمله إلى منزله، أو يطحن الحنطة؛ أو يخيط الثوب؛ فهو فاسد؛ لأن فيه منفعة لأحد المتعاقدين؛ والعقد لا يقتضيه؛ لأنه إن كان بعض البدل بمقابلة العمل المشروط عليه فهو إجارة مشروطة في العقد. . . وكذلك لو اشترى دارا على أن يسكنها البائع شهرا فهذه إعارة مشروطة في البيع وهو مفسد للعقد، أو هذا شرط أجل في العين، والعين لا تقبل الأجل»[٢].

قول صاحب البدائع: «و منها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع إن كان من بني آدم كالرقيق؛ وليس بملائم للعقد ولا مما جرى به التعامل بين الناس؛ نحو ما إذا باع دارا على أن يسكنها البائع شهرا؛ ثم يسلمها

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط ٤٣٦١ ٤/ ٣٣٥. قال الألباني في السلسلة الضعيفة ١/ ٧٠٣ حديث رقم٤٩١: ضعيف جدا.
(٢) المبسوط: ١٣/ ١٥ ـ ١٨.

إليه؛ أو أرضا على أن يزرعها سنة؛ أو دابة على أن يركبها شهرا. . .»[١].

يقول صاحب فتح القدير: «ولو كان الشرط مما لا يقتضيه؛ وليس مما ذكرنا. فأما ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو المعقود عليه؛ وهو من أهل الاستحقاق؛ كأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع؛ أو يتركها في داره شهرا أو ثوبا على أن يخيطه فالبيع فاسد. . . .

وقد نهى رسول اللَّه عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة.

واعلم أنه روي عن رسول ﷺ «أنه نهى عن بيعتين في بيعة. . .»[٢].

وذكر الإمام قاضي خان[٣]: العقود التي يتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة:

قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل؛ وهي مبادلة المال بالمال؛ كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال.

وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال؛ كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد.

وقسم له شبه بالبيع والنكاح؛ وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل؛ ولا يبطلها الشرط الفاسد»[٤].

ما يستخلص من النصوص السابقة:

إن الشرط الفاسد الذي يفسد العقد هو الذي فيه منفعة لها صاحب يطالب بها، وهذه المنفعة؛ إما أن تكون للمبيع إذا كان رقيقا؛ مثل أن يشتري عبدا على ألا يبيعه أو يهبه؛ والمنفعة التي تكون للبائع كأن يبيع دارا ويشرط أن يسكنها شهرا؛ والمنفعة التي تكون للمشتري أن يشتري ثوبا ويشترط على البائع خياطته.

والمنفعة التي تكون للأجنبي غير المتعاقدين هي أن يبيع أرضا ويشترط على المشتري أن يبني فيها مسجدا أو يتصدقها.

---

(١) البدائع: ٥/ ١٦٩ أ١٧٣.

(٢) بيان تخريجه مفصلا في الباب الثاني.

(٣) حسن بن منصور بن أبي القاسم محمود بن عبد العزيز فخر الدين المعروف بقاضي خان الاوز جندي الفرغاني فقيه حنفي من كبارهم ت: ٥٩٢هـ له: الفتاوى ـ الامالي. . .(الاعلام ج: ٢ ص: ٢٢٤).

(٤) فتح القدير: ٥/ ٢١٥ ـ ٢٢١.

*** العلة في فساد الشرط والعقد معا في النصوص التي رأينا**

ترجع إلى أمرين، هما:

العلة الأولى: الذي يشترط منفعة يجوز المطالبة بها كشرط سكنى دار شهرا؛ هي زيادة لا يقابلها عوض؛ فهي ربا أو شبه ربا؛ والبيع إذا كان فيه الربا فاسد.

العلة الثانية: واستدل الأحناف على ذلك أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط؛ وعن بيع وسلف؛ وعن بيعتين في بيعة واحدة؛ وعن صفقتين في صفقة واحدة.

جاء في مرشد الحيران في المادة ٣٢٣: «كل ما كان مبادلة مال بمال؛ كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والمزراعة والمساقاة والقسمة والصلح عن مال لا يصح اقترانه بالشرط الفاسد؛ ولا تعليقه به؛ بل تفسد إذا اقترنت أو علقت به... ومثل ذلك إجازة هذه العقود؛ فإنها تفسد باقترانها بالشرط الفاسد وبتعليقها به. أما إذا كانت مبادلة مال بغير مال؛ كالنكاح والخلع على مال؛ أو كان من التبرعات كالهبة والقرض؛ أو من التقييدات كعزل الوكيل والحجر على الصبي في التجارة؛ أو من الإسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق وأمثال ذلك؛ يصح العقد ويسقط الشرط[(١)].

ومما هو جدير بالذكر أن الشرط الفاسد الذي لا منفعة فيه لأحد؛ وإن سقط هو لا يفسد أي عقد اقترن به ولو كان هذا العقد مبادلة مال بمال؛ للعلتين المتقدمتين. أما الشرط الفاسد الذي فيه منفعة؛ فقد رأينا أنه يفسد العقود التي هي مبادلة مال بمال، ولكنه لا يفسد التصرفات الأخرى؛ بل يتم إلغاء الشرط ويبقى التصرف.

*** تطور الفقه الحنفي:**

إن الفقه الحنفي يعلل كيف يفسد الشرط الفاسد العقد بعلتين: علة الربا وعلة تعدد الصفقة. وتكاد العلتان تتعادلان في كتب الفقهاء؛ بل إن علة الربا هي التي ترجح كفتها.

لكن المتأمل في ما يورد الفقهاء عادة من أمثلة للشروط الفاسدة؛ يرى أن فكرة الربا إنما اتخذت تكأة لتعزيز تعدد الصفقة.

والشرط الفاسد قد لا يكون له مقابل من الثمن؛ أو يكون له هذا المقابل،

---

(١) انظر: مادة ٢٢٤ ـ ٢٢٦ من مرشد الحيران.

فإن لم يكن له مقابل من الثمن فهنا تأتي فكرة الربا، أما إذا كان الشرط له مقابل من الثمن فإن تعليل فساد العقد يقوم على فكرة تعدد الصفقة.

وأما النص الآخر في المبسوط فيبين هذه العلة في الشرط المقترن بالعقد: «عن عبد الوارث بن سعيد قال: حججت فدخلت مكة على أبي حنيفة وسألته عن البيع بالشرط. فقال: باطل. فخرجت من عنده ودخلت على ابن أبي ليلى؛ وسألته عن ذلك؛ فقال: البيع جائز والشرط باطل. فدخلت على ابن شبرمة وسألته عن ذلك، فقال: البيع جائز والشرط جائز. فقلت هؤلاء من فقهاء الكوفة فقد اختلفوا علي في هذه المسألة كل الاختلاف، فعجزني أن أسأل كل واحد منهم عن حجته. فدخلت على أبي حنيفة فأعدت السؤال عليه، فأعاد جوابه، فقلت: إن صاحبيك يخالفانك. فقال: لا أدري ما قالا؛ حدثني عمرو بن شعيب عن جده رضي اللّه عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط.

فدخلت على ابن أبي ليلى؛ فقلت له مثل ذلك؛ فقال: لا أدري ما قالا؛ حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي اللّه عنها أنها لما أرادت أن تشتري بريرة رضي اللّه عنها أبى مواليها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم، فذكرت ذلك لرسول اللّه ﷺ، فقال: اشتري واشرطي لهم الولاء؛ فإن الولاء لمن أعتق[١].

فدخلت على ابن شبرمة، وقلت له مثل ذلك؛ فقال: لا أدري ما قالا؛ حدثني محارب بن وثار عن ابن الزبير عن جابر بن عبد اللّه الأنصاري رضي اللّه عنهم أن النبي ﷺ اشترى منه ناقة في بعض الغزوات وشرط له ظهرها إلى المدينة»[٢].

---

(١) أخرجه الإمام البخاري في كتاب البيوع أباب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل أج: ٢ ـ ص١٤.
وأخرجه الدارمي في كتاب الطلاق ـ باب في تخيير الأمة تكون تحت العبد فتعتق أبلفظ: «اشتريها فطنما الولاء لمن أعتق». حديث رقم: ٢٢٨٦ ـ ج: ٢ ـ ص: ١١٧.
وأخرجه الترمذي مع عارضة الأحوذي ـ بلفظ: «اشتريها فإنما الولاء لمن أعطى الثمن أو لمن ولي النعمة». حديث رقم: ١٢٦٠ ـ ج: ٣.

(٢) أخرجه الإمام البخاري في كتاب البيوع ـ باب شراء الدواب و الحمير. . . ـ ج: ٢ ص: ٧.
وأخرجه الإمام مسلم في كتاب المساقاة ـ باب بيع البعير و استثناء ركوبه ـ حديث رقم: ٧١٥ ـ ص: ٦٧٣.
وأخرجه أبو داوود في كتاب الإجارة أباب في شرط في بيع ـ حديث رقم: ٣٥٠٦ ـ ص: ٦٦١ ـ والنسائي برقم: ٤٦٥١.

المبحث الثاني

أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود في المذهب الشافعي

ومذهب الشافعي يقرب كثيرا من المذهب الحنفي في الأصل الذي يتمسك به؛ وهو منع تعدد الصفقة؛ وفي الاستثناءات التي أوردها على الأصل.

فالشرط الذي يقتضيه العقد صحيح بداهة لأنه معمول به من غير حاجة إلى أن يذكر.

والشرط الذي يلائم العقد ويدعى في الفقه الشافعي بالشرط الذي فيه مصلحة العقد؛ أو الشرط الذي تدعو إليه الحاجة صحيح أيضا، ويصح معه العقد، **وليس ذلك على سبيل الاستثناء كما هو الأمر في المذهب الحنفي**؛ بل هو أصل يقوم بذاته.

ومن أمثلة الشرط الذي فيه مصلحة للعقد: اشتراط الإشهاد على العقد.

والفقه الشافعي لا يميز بين الشرط الذي يلائم العقد والشرط الذي تدعو إليه الحاجة؛ فهما عنده شيء واحد.

ويتمسك الفقه الشافعي بعد ذلك بالأصل المعروف[١]؛ فيمنع البيع والشرط ما دام الشرط فيه منفعة مطلوبة ولا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضى العقد؛ فلا يجوز أن يشتري زرعا ويشرط على البائع أن يحصده؛ أو ثوبا ويشترط على البائع أن يخيطه؛ ولا يجوز أن يبيع دارا بألف على أن يقرضه المشتري قرضا بمائة؛ ولا يجوز للعاقد أن يشترط ما ينافي مقتضى العقد؛ فلا يجوز للراهن أن يشترط على المرتهن أن لا يبيع العين المرهونة أصلا، أو أن لا يبيعها حتى يمضي شهرا من وقت حلول الدين؛ أو أن يكون المرتهن أسوة الغرماء؛ أو أن يضمن المرتهن هلاك العين كلها ولا يقتصر على ضمان ما زاد من قيمتها على الدين؛ ولا يجوز أن يشترط أحد الشركاء أن يكون له نصيب في الربح دون الخسارة؛ أو أن يكون له مبلغ معين من الربح؛ فقد لا تربح الشركة أكثر من هذا المبلغ أو قد تربح شيئا قليلا؛ ولا يجوز أن يشترط رب المال في

(١) يقصد بالأصل المعروف: منع تعدد الصفقة.

القراض أن يكون رأس المال في يده؛ أو أن يشترك مع العامل في التجارة؛ أو أن تكون يد العامل يد ضمان.

ويمنع الفقه الشافعي البيعتين في بيعة واحدة؛ ويتأول الحديث الوارد في النهي عن ذلك على وجهين(١) لا يجيز أيا منهما(٢).

فلا يصح أن يشتري بألف نقدا أو بألفين نسيئة(٣)، كما لا يصح أن يبيع العبد بألف على أن يبيع منه المشتري أو أجنبي الدار بألفين.

ويبدو أن الشرط الذي فيه منفعة مطلوبة دون أن يقتضيه العقد أو يلائم مقتضى العقد يبطل في مذهب الشافعي سواء أكان في المعاوضات أوالتبرعات، فهما باطلان على السواء.

* نصوص المذهب الشافعي:

يقول صاحب نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: «نهى رسول اللّه عليه الصلاة والسلام عن بيعتين في بيعة رواه الترمذي(٤) وصححه». بأن يقول: بعتك بألف نقدا أو ألفين إلى سنة فخذ بأيهما شئت أنت أو أنا أو شاء فلان للجهالة... أو بعتك هذا العبد مثلا بألف على أن تبيعني أو فلان دارك بكذا أو تشتري مني أو من فلان كذا بكذا للشرط الفاسد، وعن بيع وشرط؛ كبيع بشرط كما مر، أو بيع دار بألف بشرط قرض مائة.. ولو اشترى زرعا بشرط أن يحصده البائع؛ أو ثوبا ويخيطه البائع. فالأصح بطلانه. **ويستثنى من النهي عن بيع**

(١) أخرجه أبو داوود في كتاب البيوع أباب في بيع الغرر ـ بلفظ: «أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن بيعتين و عن لبستين...» حديث رقم: ٣٣٧٧ ـ و النسائي برقم: ٤٥٢٤ ـ و ابن ماجة برقم: ٢١٧٠.

(٢) إن الوجهين اللذين يتأولهما الشافعية في هذا الباب كما رأينا في الحديث المعتمد عندهم، لا يقبلان تعدد الصفقة أو الجمع بين البيع و الشرط. و هذا يتبين بجلاء في الأمثلة المذكورة عندهم في الاستدلال على رأيهم.

(٣) النساء في اللغة التأخير، و في الاصطلاح: تأخير المدين مقابل الزيادة في الدين؛ و هذا هو الذي يدعى عند الفقهاء ب: ربا النسيئة.

(٤) الإمام الحافظ أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة السلمي الترمذي الضرير مصنف الجامع وكتاب العلل، سمع قتبة بن سعيد وأبا مصعب، وتفقه في الحديث بالبخاري وعنه مكحول بن الفضل وحماد بن شاكر... قال الحاكم سمعت عمر بن علك يقول: مات البخاري فلم يخلف بخراسان مثل أبي عيسى في العلم والحفظ والورع والزهد بكى حتى عمي، وبقي ضريرا سنين ت: ٢٧٩ بترمذ (تذكرة الحفاظ ج٢ ص: ٦٣٣).

وشرط، الراهن للحاجة إليه، لا سيما في معاملة من لا يعرف حاله؛ والكفيل للحاجة إليه.[١] . .

جاء في المهذب: «إذا شرط في البيع شرطا؛ نظرت. فإن كان شرطا يقتضيه البيع كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما؛ لم يبطل العقد. لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد؛ فلم يبطله. فإن شرط ما لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة؛ كالخيار والأجل والرهن والضمين لم يبطل العقد؛ لأن الشرع ورد بذلك. . .و لأن الحاجة تدعو إليه؛ فلم يفسد العقد. إن شرط عتق العبد المبيع لم يفسد العقد؛ لأن عائشة رضي اللَّه عنها اشترت بريرة لتعتقها فأراد أهلها أن يشرطوا ولاءها؛ فقال رسول اللَّه ﷺ: اشتريها وأعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق[٢] . . .

فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى العقد؛ بأن باع عبدا بشرط ألا يبيعه؛ أو ألا يعتقه؛ أو باع دارا بشرط أن يسكنها مدة معلومة. . . بطل البيع لما روي عن رسول اللَّه عليه الصلاة والسلام ومذهب الشافعي يقرب كثيرا من المذهب الحنفي في الأصل الذي يتمسك به؛ وهو منع تعدد الصفقة؛ وفي الاستثناءات التي أوردها على الأصل.

جاء في الروضة للنووي[٣]: «و منها. . النهي عن بيع وسلف؛ وهو البيع بشرط القرض. ومنها النهي عن بيع وشرط. والشرط ينقسم إلى فاسد وصحيح. فالفاسد يفسد العقد على المذهب. . فمن الفاسد إذا باع عبده بألف بشرط أن يبيعه داره أو يشتري منه داره، ويشرط أن يقرضه عشرة؛ فالعقد الأول باطل. . . ولو اشترى زرعا وشرط على بائعه أن يحصده؛ بطل البيع على المذهب؛ وقيل: فيه قولان: لأنه جمع بين بيع وإجارة[٤]. وقيل: شرط الحصاد باطل. وفي البيع قولان: تفريق الصفقة وكذا الحكم لو أفرد الشراء بعوض والاستئجار بعوض. فقال: اشتريته بعشرة على أن تحصده بدرهم؛ لأنه جعل الإجارة شرطا في البيع؛ فهو في معنى بيعتين في بيعة. ولو قال: اشتريت هذا الزرع واستأجرتك على حصاده بعشرة فقال: بعت وأجرت؛ فطريقان:

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: ٣/ ٤٣٣ أ٤٤٤.
(٢) سبق تخريجه في فصل حرية الاشتراط.
(٣) يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني النووي الشافعي أبو زكرياء الدين علامة بالفقه والحديث مولده سنة ٦٣١هـ، توفي بدمشق سنة ٦٧٦هـ له: المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج ـ تهذيب الاسماء واللغات. . .(الاعلام ج:٨ ص: ١٤٩).
(٤) هذه الصورة التي ذكرها الإمام النووي هي التي تدعى اليوم: الإيجار المنتهي. بالتمليك (ليزينك). في إحدى صوره.

أحدهما: على القولين في الجمع بين مختلف الحكم.

والثاني: تبطل الإجارة وفي البيع قولاً؛ تفريق الصفقة.

ولو قال: اشتريت هذا الزرع بعشرة واستأجرتك لحصده بدرهم؛ صح الشراء ولم تصح الإجارة، لأنه استأجره للعمل في ما لم يملكه، ونظائر مسألة الزرع تقاس بها[١].

(١) الروضة: النووي: ٣/ ٣٩٨ ـ ٣٩٩.

المبحث الثالث

أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود في المذهب المالكي

إن التطور في المذهب المالكي أبعد مدى من التطور في المذهبين الحنفي والشافعي؛ فإنه يجيز من الشروط ما لا يجيزه المذهبان.

ففي المذهب المالكي أن الأصل فيه أن يكون صحيحا؛ ويصح معه العقد؛ وقد يقع الشرط فاسدا على سبيل الاستثناء.

*** الشرط الصحيح في المذهب المالكي :**

١ ـ فكل شرط يقتضيه العقد صحيح؛ وفي هذا يتفق المذهبان؛ فيصح الشرط والعقد إذا اشترط البائع أن يدفع للمشتري الثمن؛ أو اشترط المشتري أن يسلم البائع المبيع؛ أو أن يضمن العيب؛ أو اشترط الدائن المرتهن أن يكون له الحق في بيع العين المرهونة إذا لم يستوف الدين؛ أو يكون مقدما على سائر الغرماء؛ أو اشترطت الزوجة أن ينفق عليها الزوج وأن يكسوها.

بل يصح كل شرط لا يناقض مقتضى العقد. وفي هذا يتسع مذهب مالك على مذهب أبي حنيفة. إذ يدخل في حكم الصحة عند مالك الشرط الذي يلائم العقد؛ والشرط الذي جرى به التعامل؛ وهما صحيحان في مذهب أبي حنيفة. ويدخل أيضا الشرط الذي فيه منفعة معقولة لأحد المتعاقدين ولو لم يكن العقد يقتضيه أو يلائمه مادام الشرط نفسه لا يناقض مقتضى العقد.

ومثل هذا الشرط عندهم يفتح الباب واسعا للمعاملات المالية ويواكب التطور.

ويصح أن يشرط البائع على المشتري تقديم رهن أو كفيل أو محال عليه.

خصوصية مذهب مالك في الشروط :

١ ـ يصح أن يشترط البائع على المشتري أن يعتق العبد المبيع؛ أو يقف الأرض المبيعة؛ أو يبني فيها مسجدا؛ أو غير ذلك مما يتضمن إيقاع معنى في المبيع. وهو من معاني البر.

٢ ـ يصح أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه؛ أو يهبه أو يعتقه حتى

يعطي الثمن المؤجل. وفي هذا إيقاع معنى في المبيع لضمان حق البائع[١].

٣ ـ يصح أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة معقولة؛ أو الدابة بشرط ركوبها ثلاثة أيام أو الوصول بها إلى مكان قريب؛ أو الثوب ويشترط عليه المشتري أن يخيطه؛ أو الحنطة ويشترط عليه المشتري أن يطحنها؛ وغير ذلك من الشروط التي فيها منفعة معقولة لأحد المتعاقدين.

*** الشرط الفاسد في مذهب مالك:**

لا يكون الشرط فاسدا عند مالك إلا في موضعين:

الأول: إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد؛ كما إذا اشترط البائع على المشتري ألا يتصرف في المبيع.

الثاني: إذا كان الشرط يخل بالثمن؛ وذلك كبيع وسلف: أي بيع يتضمن قرضا. وكبيع الثنيا: وصورته أن يبيع سلعة على أن البائع متى رد الثمن فالسلعة له؛ وهو بيع معلق على شرط لا مقترن بشرط.

والشرط الفاسد يبطل في جميع الأحوال ولا يعمل به. وأما أثره في العقد فيتبين من خلال ما يلي:

١ ـ تارة يبطله.

٢ ـ وطورا يبطل الشرط وحده ويبقى العقد.

٣ ـ يبطل الشرط والعقد معا؛ إلا إذا نزل المشترط عن الشرط فيسقط الشرط ويبقى العقد.

ولإيضاح هذه الأحوال الثلاثة، أقول:

* بالنسبة للشرط الفاسد الذي يبطل العقد؛ إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد؛ مثل اشتراط المقرض أن يرد المقترض أحسن مما اقترض.

* والشرط الذي يبطل دون العقد؛ إذا ناقض الشرط العقد ولكن العقد لا يختل إذا أعمل الشرط؛ مثل إذا اشترطت الزوجةألا يتزوج عليها الزوج؛ أو اشترط بائع الرقيق على المشتري ـ ن يكون له الولاء.

* وأما الشرط الفاسد الذي يبطل العقد إلا إذا نزل عنه المشترط؛ فهو الشرط الذي يخل بالثمن مثل البيع والسلف.

---

(١) هنا يتبين قبول المذهب المالكي بالشروط التي تحقق مصلحة للبائع إذا استوفى الشروط المحددة في المذهب. و هذه الصورة هي عين الإيجار المنتهي بالتمليك اليوم.

* النصوص في مذهب مالك:

قال ابن رشد الحفيد: «و أما مالك؛ فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام: شروط تبطل هي والبيع معا، وشروط تجوز هي والبيع معا، وشروط تبطل ويثبت البيع. وقد يظن أن عنده قسما رابعاً: وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع؛ وإن تركه جاز البيع. وإعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير. وقد رام ذلك كثير من الفقهاء، وإنما هي راجعة إلى كثرة ما تتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بالصحة في البيوع، وهما الربا والغرر. وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك. أي ما يفيد نقصا في الملك. فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط: وما كان قليلا أجازه وأجاز الشرط، وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع.

ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب، إذ بمذهبه تجمع الأحاديث كلها، والجمع عندهم أحسن من الترجيح.

وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة. وأحد من له ذلك جدي[١] والمازري[٢] والباجي[٣]. وتفصيله في ذلك أن قال: إن الشروط في المبيع تقع على ضربين أوليين:

أحدهما: أن يشرطه بعد انقضاء الملك، مثل من يبيع الأمة أو العبد ويشترط أنه إن عتق كان له ولاؤه دون المشتري. فمثل هذا قالوا: يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة[٤]. .

والقسم الثاني: أن يشرط عليه شرطا يقع في مدة الملك، وهذا قالوا: ينقسم إلى ثلاثة أقسام. إما أن يشرط في المبيع منفعة لنفسه، وإما أن يشرط على المشتري منعا من تصرف عام أو خاص، وإما أن يشرط إيقاع معنى في البيع.؛ وهذا أيضا ينقسم إلى قسمين:

أحدهما: أن يكون معنى من معاني البر.

والثاني: أن يكون معنى ليس فيه من البر شيء.

فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع؛ مثل

---

(١) هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكي المتوفى سنة ٥٢٠هـ.

(٢) أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي المازري المتوفى سنة ٥٣٦هـ.

(٣) القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي المتوفى سنة ٤٩٤هـ.

(٤) سبق تخريج حديث بريرة و إعتاق عائشة رضي الله عنها لها.

أن يبيع الدار واشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة؛ فذلك جائز على حديث جابر[١]. وإما أن يشترط منعا من تصرف خاص أو عام؛ فذلك لا يجوز؛ لأنه من الثنيا؛ مثل أن يبيع الأمة على ألا يطأها أو يبيعها. و إما أن يشترط معنى من معاني البر مثل العتق؛ فإن كان اشترط تعجيله جاز عنده؛ وإن تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه... وإما أن يشترط معنى في المبيع ليس ببر؛ مثل ألا يبيعها فذلك لا يجوز عند مالك؛ وقيل عنه: البيع مفسوخ؛ وقيل: بل يبطل الشرط فقط. وأما من قال له البائع: متى جئتك بالثمن رددت علي المبيع فإنه لا يجوز عند مالك. واختلف أيضا في من باع شيئا بشرط ألا يبيعه حتى ينتصف من الثمن؛ فقيل عن مالك: يجوز ذلك؛ لأن حكمه حكم الرهن، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره... ومن المسموع في هذا الباب نهيه ﷺ عن بيع وسلف، اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة إذا ترك الشرط قبل القبض. فمنعه أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء وأجازه مالك وأصحابه إلا محمد بن عبد الحكم»[٢].

قال الحطا ب: «إن من البيوع المنهي عنها: البيع والشرط، فقد روى عبد الحق في أحكامه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى رسول اللّٰه عليه الصلاة والسلام عن بيع وشرط[٣]. قال ابن عرفة[٤]: لا أعرفه إلا من طريق عبد الحق. وحمله أهل المذهب على وجهين:

أحدهما: الشرط الذي يناقض مقتضى العقد.

والثاني: الشرط الذي يعود بخلل في الثمن.

فأما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد؛ فهو الذي لا يتم معه المقصود من البيع؛ مثل أن يشترط عليه ألا يبيع ولا يهب؛ وهذا إذا عمم أو استثنى قليلا؛ كقوله: على ألا تبيعه جملة أولاً تبيعه من فلان.

---

(١) سبق تخريج حديث جابر.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/ ١٣٣ ـ ١٣٤.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) أبو عبد الله محمد بن الشيخ الصالح المتبرك به محمد بن عرفة الورغمي التونسي إمامها وخطيبها بجامعها الأعظم خمسين سنة الإمام شيخ الشيوخ وعمدة أهل التحقيق والرسوخ أستاذ الأساتذة وقدوة الايمة الجهابذة علامة الدنيا الحائز قصب السبق في العلوم بلاثنيا الحافظ النظار المتحلي بالوقار مع الجلالة ومزيد الاعتبار، أخذ عن ابن عبد السلام ومحمد بن هارون والسامي... وعنه البرزلي والأبي وابن الناجي...ولد سنة: ٧١٦هـ، وت: ٨٠٣هـ. له: الحدود الفقهية ـ واختصار فرائض الحوفي...شجرة النور ص ٢٢٧.

وأما إذا خصص ناسا قليلا فيجوز[١]. . . سئل مالك عن رجل باع عبدا أو غيره وشرط على المبتاع أنه لا يبيع ولا يهب ولا يعتق حتى يعطى الثمن، قال: لابأس بذلك لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى. ومن أمثلة المناقضة بيع الثنيا: وهو من البيوع الفاسدة»[٢].

قال الخرشي[٣]: «قد نهى رسول اللَّه ﷺ عن بيع وشرط، **وحمل أهل المذهب النهي على شرط يناقض أو يخل بالثمن**. . . كما لا يبيع عموما أو إلا من نفر قليل، أو لا يهب وأن لا يخرج بها من البلد، أو على أن يتخذها أم ولد. . . أو على أنه إن باعها من غيره فهو أحق بها بالثمن.

وبقي شرط يقتضيه العقد، وهو واضح الصحة؛ كشرط تسليم المبيع؛ والقيام بالعيب؛ ورد العوض عند انتقاض البيع؛ وهو لازم دون شرط، فشرطه تأكيد.

وشرط لا يقتضيه ولا ينافيه وهو من مصلحته. جائز؛ لا زم بالشرط ساقط بدونه؛ كالأجل والخيار والرهن، ولا بأس بالبيع بثمن إلى أجل، على ألا يتصرف ببيع ولا هبة ولا عتق حتى أن لا يعطي الثمن لأنه بمنزلة الرهن؛ إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى. . .

أو يخل بالثمن كبيع وسلف؛ ومعنى إخلاله بالثمن بأن يعود جهله في الثمن إما بزيادة إن كان الشرط من المشتري؛ أو نقص إذا كان من البائع كبيع وسلف من أحدهما؛ لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن؛ أو الثمن والمثمن؛ وهو مجهول، وصح البيع إن حذف شرط السلف مع قيام السلعة على المشهور لزوال المانع»[٤].

---

(١) هذا الاعتبار في المذهب المالكي يندر وجوده في بقية المذاهب الأخرى، و هذا تطور في العقود المالية عندهم، و خاصة في باب الشروط.

(٢) مواهب الجليل: الحطاب: ج ٤/ ٣٧٣ ـ ٣٧٥.

(٣) أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي الفقيه العلامة البركة القدوة الفهامة، شيخ المالكية وإمام السالكين، وخاتمة العلماء العاملين، إليه انتهت الرئاسة بمعنى أخذ عن والده والبرهان اللقاني والنور الأجهوري. . .وعنه علي النوري والصفاقسي. . له: شرحان كبير وصغير على المختصر. . .ت: ١١٠١هـ (شجرة النور ـ ٣١٧).

(٤) حاشية الخرشي: ٥/ ٨٠ ـ ٨١. و انظر: الدسوقي على الدردير: ٣/ ٦٥ ـ ٦٧.

المبحث الرابع

أثر الواقع في تطور حرية الاشتراط في العقود في المذهب الحنبلي

يعتبر المذهب الحنبلي أكثر تطورا في العقود والشروط خاصة إذا أضفنا إليه الإضافات النوعية التي جاءت بها نظرية ابن تيميه رحمه اللّه في العقود والشروط حتى تخطى بذلك قيود تعدد الصفقة والربا بشكل غير مسبوق.

* العقد الصحيح في المذهب الحنبلي:

الأصل في مذهب الحنابلة أن يكون الشرط صحيحا، جاء في المغني:

«والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام:

أحدها: ما هو من مقتضى العقد، كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال ، فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكما ولا يؤثر في العقد.

الثاني: تتعلق به مصلحة العاقدين، كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة واشتراط صفة مقصودة في المبيع؛ كالصناعة والكتابة ونحوهما، فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به، ولا يعلم في صحة هذين ا لقسمين خلاف.

الثالث: ما ليس من مقتضاه ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه، وهو نوعان:

ـ **أحدهما**: اشتراط منفعة البائع في المبيع، فهذا قد مضى ذكره[١].

ـ **الثاني**: أن يشترط عقدا في عقد، نحو أن يبيعه شيئا بشرط أن يبيعه شيئا آخر.

الرابع: اشتراط ما ينافي مقتضى العقد[٢]

أ ـ فكل شرط يقتضيه العقد صحيح عند الحنابلة، وفي هذا تتفق المذاهب الأربعة.

فيصح اشتراط المشتري التسليم على البائع والتقابض في الحال، ويصح لكل من المتعاقدين أن يشترط خيار المجلس، فكل هذه الشروط يقتضيها العقد وهي معمول بها حتى لو لم تشترط.

---

(١) ذكره رحمه الله تعالى في المغني: ٤/ ٢٨٥.

(٢) المغني: ٤/ ٢٨٥ ٢٨٦.

ب ـ ويصح أيضا كل شرط يلائم العقد ويكون من مصلحته فتتعلق به مصلحة المتعاقدين؛ كالرهن والضمين والشهادة. وفي هذا أيضا تتفق المذاهب الأربعة.

ج ـ ويصح أخيرا الشرط الذي ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته، ولكنه لا ينافي مقتضى العقد. وهنا نلاحظ المدى البعيد من التطور الذي سار فيه المذهب الحنبلي كما لاحظنا ذلك في مذهب مالك. وهذا خلافا لمذهبي أبي حنيفة والشافعي.

فما دام الشرط لا ينافي مقتضى العقد فهو في الأصل صحيح سواء كان العقد يقتضيه أولاً يقتضيه، وسواء لاءم مقتضى العقد أولم يلائمه، والشرط صحيح حتى لو تضمن منفعة مطلوبة، وفي هذا يتخطى المذهب الحنبلي مبدأ وحدة الصفقة كما تخطاه المذهب المالكي. بل هو ينكر صحة الحديث الذي نهى عن بيع وشرط، ثم أنه لا حاجة في صحة الشرط إلى جريان التعامل به خلافا لما يذهب إليه الفقه الحنفي.

جاء في المقنع: «و الثالث ـ أن يشترط نفعا معلوما في المبيع؛ كسكنى الدار شهرا؛ وحملان البعير إلى موضع معلوم؛أو يشترط المشتري نفع البائع في المبيع؛ كحمل الحطب؛ أو تكسيره؛ أو خياطة الثوب ـ وتفصيله»[1].

ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة؛ مثل أن يبيع دارا ويستثني سكناها سنة؛ أو دابة ويشترط ظهرها إلى مكان معلوم؛ أوعبدا ويستثني خدمته مدة معلومة، نص عليه أحمد وهو قول الأوزاعي وأبي ثور وإسحاق وابن المنذر وقال الشافعي وأصحاب الرأي: لا يصح لأنه روي عن النبي عليه الصلاة والسلام ـ أنه نهى عن بيع وشرط.

* الشرط الفاسد في مذهب الحنابلة:

ولا يكون الشرط فاسدا عند الحنابلة إلا في موضعين:

الأول: أن ينافي مقتضى العقد:

إذا كان الشرط ينافي مقتضى العقد، مثل أن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع ما اشتراه أو يهبه أو يعتقه؛ أو يشرط عليه إن أعتقه أن يكون الولاء للبائع؛ فهذه الشروط كلها تنافي مقتضى العقد، إذ مقتضى العقد حرية المشتري في التصرف في المبيع بعد أن صار ملكه يبيعه أو يمنعه أو أن لا يهبه.

---

(١) المقنع: ٢/ ٢٧، و في الشرح الكبير على المقنع: ٤/ ٤٩ ـ ٥١.

ومن الشروط التي تنافي مقتضى العقد عند الحنابلة أن يشترط المشتري إن غصبه غاصب أن يرجع البائع الثمن؛ ومنها أن يشترط البائع أن يكون أحق بالمبيع بثمنه إن باعه المشتري؛ لأنه يكون بذلك قد اشترط أن لا يبيعه من غيره إذا أعطاه ثمنه[١].

ومن الشروط التي تنافي العقد، إذا قال: بع عبدك فلان بألف وعلي خمسمائة؛ فباعه بهذا الشرط؛ فالبيع فاسد لأن الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري[٢].

ونرى مما تقدم أن المذهب الحنبلي والمذهب المالكي لا يختلفان كثيرا في الشرط الذي ينافي مقتضى العقد، ففي كلا المذهبين الشرط فاسد، ولكن مذهب مالك يتدرج في ترتيب الجزاء على هذا الشرط الفاسد: فتارة يبطل الشرط والعقد معا؛ وطورا يبطل الشرط ويبقي العقد صحيحا، وثالثة يبطل الشرط والعقد معا إلا إذا نزل المشترط عن شرطه فيسقط الشرط ويبقي العقد[٣].

ويبدو أن المذهب الحنبلي في منعه الجمع بين شرطين في العقد والجمع بين بيع وسلف؛ إنما يحتفظ ببقايا من مبدأ وحدة الصفقة كما فعل المذهب المالكي في منعه الجمع بين بيع وسلف. وقد تخطى المذهبان الحنبلي والمالكي مبدأ وحدة الصفقة في البيع والشرط الواحد لأن خطب الشرط الواحد يسير؛ وهو تابع للعقد ومتمم له ، فلا يخل بوحدته إخلالا جسيما، أما إذا كان لتعدد الصفقة مظهر أوضح؛ بأن اجتمع في العقد شرطان لا شرط واحد عند أحمد ومالك فهذا تعدد جسيم في الصفقة لا يجوز احتماله، **وما احتمل منه اليسير لا يحتمل منه الكثير**[٤].

والمذهبان المالكي والحنبلي وقفا عند هذا الحد في التعامل مع وحدة الصفقة والنظر في الشروط حتى جاء شيخ الإسلام ابن تيمية فاستطاع باجتهاده المستنير بالنصوص الشرعية وتنزيلها على الواقع المتطور أن يتجاوز من سبقه ويخط منهجا جديدا في فهم النصوص وتنزيلها، وأن ما كان عندهم من العمل لا يفي بأغراض الناس ولا يحقق اليسر ويرفع الحرج عن المكلفين. من هنا سنكون مضطرين لأن نعرف حقيقة ما جاء به ابن تيمية من الإضافات النوعية، وبيان ذلك سيكون في المطلب الموالي.

---

(١) انظر: المقنع: ٢/ ٢٨.
(٢) انظر: الشرح الكبير على المقنع: ٤/ ٥٨.
(٣) انظر: مصادر الحق: السنهوري: ٣/ ١١٨.
(٤) انظر: مصادر الحق: ٣/ ١١٩.

إضافات شيخ الإسلام ابن تيمية:

إنني وإن كنت قد أوردت بعض هذه النصوص في الاستدلال على قضايا معينة في بابها، فإنني سأوردها في هذا المكان لفقه جديد يستنبط منها(١).

يقول ابن تيمية: «إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة؛ ولا يحرم ولا يبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس عند من يقول به، وأصول أحمد رضي اللَّه عنه المنصوصة يجري أكثرها على هذا القول؛ ومالك قريب منه؛ ولكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه»(٢).

ويستدل ابن تيمية لصحة ما يقول بالنقل والعقل:

أما النقل: فلقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾(٣)، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما».

وأما العقل فإنه يقول: «إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية أي ليست من العبادات.»(٤)..

---

(١) سرت على هذه المنهجية اقتداء بطريقة فقهاء الحديث كالبخاري في إتيان النص في مواضع عديدة لفقه لم يسبق أن تعرض له فيما سبق من الأبواب.

(٢) فتاوى ابن تيمية: ٣/ ٣٢٦ ـ ٣٢٩.

(٣) المائدة: ٠١.

(٤) انظر: الفتاوى: ٣/ ٣٣٤ و مراده رحمه الله تعالى أن الأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل عليه، و بما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم لقوله تعالى: «وقد فصل لكم ما حرم عليكم». الأنعام ١١٩، عام في الأعيان والأفعال (و العقود مندرجة في الأفعال)، فإذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة من باب القياس العقلي، لأن الفساد ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة، و عليه فالأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها هي ما أوجباه على نفسيهما بالتعاقد؛ لقوله تعالى: ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾ [النساء ٢٩]. وقال أيضا: ﴿**فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا**﴾ [النساء: ٤]. فعلق سبحانه جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه، فدل على أنه سبب له، و إذا كان طيب النفس هو المبيح للصداق، فكذلك سائر التبرعات قياسا بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن، و أما قوله تعالى: ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾ [النساء ٢٩]، فجعل التراضي شرطا في التجارة، مما يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك فإذا تراضى العاقدان أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة القرآن؛ إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك. انظر: الفتاوى ٣/ ٣٣٦ ـ ٣٤٧.

خلاصة مذهب ابن تيمية في العقود:

يتلخص مما سبق أن ابن تيمية يرى أن الأصل في الشرط أن يكون صحيحا ويصح معه العقد سواء كان ذلك في المعاوضات أو في التبرعات، ففي المعاوضات يجوز للبائع أن يشترط منفعة المبيع كأن يسكن الدار شهرا؛ أو أن ينتفع بزراعة الأرض سنة، ويجوز للمشتري أن يشرط على البائع أن يخيط له الثوب؛ أو يحمل المبيع إلى داره؛ أو يحصد الزرع؛ ويجوز أن يشترط البائع إذا باع الرقيق أن يعتقه المشتري؛ ولكن لا يجوز أن يشترط البائع أن يكون الولاء له عند الإعتاق لأن هذا شرط يحلل حراما.

وفي التبرعات يجوز لمن أعتق عبدا أن يشرط عليه أن يخدمه طول حياته حياة العبد أو السيد، وقد ورد أن أم سلمة أعتقت عبدها سفينة واشترطت عليه أن يخدم الرسول ﷺ ما عاش[١].

ويجوز للواهب أو الواقف أن يشترط لنفسه منفعة ما يهبه أو يقفه مدة معينة أو طول حياته»[٢]، بل يصح أن تكون المنفعة التي استثناها المتبرع وأضافها لنفسه منفعة غير معلومة، للقاعدة الآتية: **يجوز في التبرعات من الغرر ما لا يجوز في المعاوضات**.

كما يقول ابن تيمية: «يجوز لكل من أخرج عينا عن ملكه بمعاوضة؛ كالبيع والخلع؛ أو تبرع كالوقف والعتق أن يستثني بعض منافعها، فإن كان مما لا يصح فيه الغرر كالبيع، فلابد أن يكون المستثنى معلوما لما روي عن جابر. وإن لم يكن كذلك كالعتق والوقف فله أن يستثني خدمة العبد ما عاش عبده أو عاش فلان، أو يستثني غلة الوقف ما عاش الواقف»[٣].

وقد بنى ابن تيمية على ما تقدم أن الشرط لا يفسد إلا على سبيل الاستثناء وفي موضعين:

الأول: إذا كان الشرط ينافي المقصود من العقد، مثل أن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع ما اشتراه أو يؤجره. ذلك أن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صوره ثم شرط العاقد فيه ما ينافي هذا المقصود فقد جمع بين المتناقضين بين إثبات المقصود ونقيضه، فمثل هذا الشرط باطل، وهنا يقول ابن تيمية في تفسيره

(١) الفتاوى: ٣/ ٣٢٧.
(٢) الفتاوي: ٣/ ٣٨٩.
(٣) الفتاوى: ٣/ ٣٤٢/ ٣٤٣.

للمعنى المراد بالشرط الذي ينافي المقصود في العقد وفي غيره دين: «إن العقد له حالان: حال إطلاق وحال تقييد. ففرق بين العقد المطلق وبين المعنى المطلق من العقود؛ فإذا قيل هذا شرط ينافي مقتضى العقد؛ فإن أريد به ينافي العقد المطلق، فكذلك كل شرط زائد، وهذا لا يضره. وإن أريد به: ينافي مقتضى العقد المطلق والمقيد احتاج إلى دليل على ذلك، وإنما يصح هذا إذا أتى في مقصود العقد، فإن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صوره وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود فقد جمع بين المتناقضين، بين إثبات المقصود ونفيه، فلا يحصل شيء، ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق؛ بل هو مبطل للعقد عندنا.

والشروط الفاسدة قد تبطل لكونها قد تنافي مقصود الشارع، مثل اشتراط الولاء لغير المعتق، فإن هذا لا ينافي مقتضى العقد ولا مقصوده، فإن مقصوده الملك، والعتق قد يكون مقصودا للعقد، فإن اشتراء العبد لعتقه يقصد كثيرا، فثبوت الولاء لا ينافي مقصود العقد، وإنما ينافي كتاب اللَّه وشرطه كما بينه النبي عليه الصلاة والسلام بقوله: كتاب اللَّه أحق وشرط اللَّه أوثق».

فإذا كان الشرط منافيا لمقصود العقد كان العقد لغوا، وإذا كان منافيا لمقصود الشارع كان مخالفا للَّه ورسوله. فأما إذا لم يشتمل على واحد منهما إذ لم يكن لغوا ولا اشتمل على ما حرمه اللَّه ورسوله؛ فلا وجه لتحريمه لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه. فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه؛ ولم يثبت تحريمه فيباح لما في الكتاب والسُّنة مما يرفع الحرج.

الثاني: الشرط الذي يناقض الشرع فيحل الحرام ويبدو أن ابن تيمية بدأ بالتمييز بين منطقة الحرام ومنطقة المباح، فلا يستطيع الشرط في منطقة الحرام أن يجعل الحرام حلالا؛ بل كل ما كان حراما بدون الشرط فالشرط لا يبيحه كالزنا وكثبوت الولاء لغير المعتق، وأما ما كان مباحا بدون الشرط كالزيادة في مهر المثل وكالتبرع برهن لتوثيق الثمن فيصح أن يوجب الشرط فعله بعد أن كان تركه مباحا؛ بل كان تركه هو الأصل المعمول به مادام الشرط الموجب لفعله لم يوجد وليس في ذلك تحريم للحلال أو تحليل للحرام، فيكون الشرط الموجب لفعله لن يوجد وليس في ذلك تحريم للحلال أو تحليل للحرام، فيكون الشرط الموجب لفعل المباح شرطا مشروعا ومن ثم يكون صحيحا، يقول ابن تيمية في هذا المعنى: «فإن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه اللَّه، وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا بدونه، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجبا ولا حراما، وكل شرط صحيح فلابد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجبا، وكذلك إذا اشترط صفة في المبيع

أو رهنا أو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها؛ فإنه يجب ويحرم ويباح بهذا الشرط ما لم يكن كذلك، وهذا المعنى هو الذي أوهم من اعتقد أن الأصل فساد الشروط؛ قالوا: لأنها إما أن تبيح حراما أو تحرم حلالا أو توجب ساقطا أو تسقط واجبا وذلك لا يجوز إلا بإذن الشارع بوليس كذلك بل كل ما كان حراما بدون الشرط فالشرط لا يبيحه كالزنا وكالوطء في ملك الغير وكثبوت ولاء لغير المعتق؛ فإن اللَّه حرم الوطء إلا بملك نكاح أو يمين، فلو أراد رجل أن يعير أمته للوطء لم يجز له ذلك؛ بخلاف إعارتها للخدمة فإنه جائز؛ وكذلك الولاء نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الولاء وعن هبته؛ وجعل اللَّه الولاء كالنسب يثبت للمعتق كما يثبت النسب للوالد، فهذا أمر لا يجوز فعله بغير شرط؛ فلا يبيح الشرط ما كان حراما؛ وأما إذا كان مباحا بدون الشرط فالشرط يوجبه؛ كالزيادة في المهر والثمن والمثمن والرهن.

ونرى من ذلك أن ابن تيمية لا يجعل الشرط فاسدا إلا إذا كان منافيا للمقصود من العقد، وهذا طبيعي؛ وإلا إذا كان مناقضا للشرع فيحل حراما، وهذا أشبه في الفقه الغربي بالشرط الذي يخالف القانون أو النظام العام.

ولم يعرض ابن تيمية لتحريم اجتماع الشرطين ولا لتحريم اجتماع البيعتين في بيعة أو اجتماع البيع والسلف، ومن ثم يكون الفقه الإسلامي قد تطور في تصحيح الشروط على يد ابن تيمية بحيث وصل إلى غاية تقرب مما وصل إليه القانون الغربي الحديث.

المبحث الخامس

المقارنة بين المذاهب الفقهية

يتبين مما تقدم أن المذاهب الأربعة من ناحية تصحيح الشروط المقترنة بالعقد يمكن تقسيمها إلى قسمين رئيسيين :

١ ـ قسم يطبق في تصحيح الشروط ويلتزم مبدأ وحدة الصفقة فلا يبيح إلا شرطا اقتضاه العقد أو لاءم العقد أو جرى به التعامل؛ وهذان هما عمدة المذهب الحنفي والمذهب الشافعي.

٢ ـ قسم يتوسع في تصحيح الشروط ولا يلتزم مبدأ وحدة الصفقة فيبيح الشروط ما لم تكن منافية لمقتضى للعقد أو مناقضة للشرع، وهذان هما المذهب المالكي والحنبلي.

فتطور الفقه الإسلامي نحو تصحيح الشروط ونبذ مبدء وحدة الصفقة الذي كان أساسا من أسس الصناعة القانونية من تطور القانون أوضح وأبرز في القسم الثاني منه في القسم الأول، على أنه يبدو لنا أن المذهب الحنفي على ضيقه في تصحيح الشروط وتأخره في التطور من هذه الناحية هو أكثر المذاهب تقدما من ناحية تنسيق الصناعة القانونية، فنظريته في فساد العقد تفوق في وضوحها وتسلسلها المنطقي نظائرها في المذاهب الأخرى.

*** مقارنة تفصيلية :**

إن المذهب الحنفي والشافعي يبيحان كلاهما الشرط الذي يقتضيه العقد، وكذلك الذي يلائم العقد، إلا أن المذهب الحنفي يبيح استثناء على سبيل الاستحسان؛ ومذهب الشافعي يبيحه أصلا لا استثناء. ثم يتميز المذهب الحنفي على المذهب الشافعي بفسحه المجال للشرط الذي جرى به التعامل، حيث نجده يعطي فرصة للتطور أكثر من المذهب الشافعي والذي يتحدث عن الشرط الذي تدعو إليه الحاجة، فهو شرط لمصلحة العقد؛ ويصحح شروطا لا يصححها المذهب الحنفي؛ كاشتراط بائع الرقيق على مشتريه أن يعتقه؛ ومن ذلك ما يشترط الزوج على زوجته من بكارة وجمال وما تشرطه الزوجة في زوجها من مال أو حرفة.

أما المذهبان المالكي والحنبلي فيصدران كلاهما عن مبدأ واحد، وهو أن الأصل في الشروط الصحة والفساد هو الاستثناء فينبذان بذلك إلى حد كبير مبدأ

وحدة الصفقة، يزيد المذهب الحنبلي على المذهب المالكي في تصحيح الشروط؛ حيث قال ابن تيمية: «وأصول أحمد المنصوصة يجري أكثرها على هذا القول ومالك قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه، فيجوز في المذهب الحنبلي أن تشرط الزوجة ألا يخرجها زوجها من بلدهاعلى عكس المالكية».

والتمييز بين المذهب الحنبلي والمالكي ليس في الشروط الصحيحة وإنما في الشروط الفاسدة.

إن المذهب الحنبلي بعد تجديد ابن تيمية لا يبطل من الشروط إلا ما كان منافيا لمقتضى العقد أو كان مناقضا للشرع، أما وحدة الصفقة فقد ضيق مجالها بعد ابن تيمية.

الباب الثاني

أثر الواقع في تطور أنواع عقود «الأصول الشرعية العامة الحاكمة على العقود المالية»

الفصل الأول: الأصول الشرعية المحددة لطبيعة العقود المالية

الفصل الثاني: الأصول الشرعية العامة المتعلقة بالعاقد

الفصل الثالث: الأصول الشرعية العامة المتعلقة بالمعقود عليه

الفصل الرابع: الأصول الشرعية العامة المتعلقة بإمكان تسليم محل العقد

الفصل الخامس: الأصول الشرعية العامة المتعلقة بتحديد لثمن

الفصل الأول

الأصول الشرعية المحددة لطبيعة العقود المالية

المبحث الأول: طبيعة العقود المالية

المبحث الثاني: الأصول الشرعية العامة المحددة لطبيعة العقود المالية.

المبحث الأول

طبيعة العقود المالية

المقصود بالأصول الشرعية العامة مجموعة من نصوص الكتاب والسُّنة والقواعد الشرعية التي لها صلة بضبط تطور العقود المالية، لأن أحكام الفروع الفقهية لا تنضبط إلا بأصولها، كما قال الإمام القرافي: «و من جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية، تناقضت عليه الفروع واختلفت؛ وتزلزلت خواطره فيها واضطربت؛ وضاقت نفسه لذلك وقنطت؛ واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى؛ وانقضى العمر ولم تقض نفسه من طلبة مناها.

ومن ضبط الفقه بقواعده؛ استغنى عن حفظ أكثر الجزئيا ت؛ لاندراجها في الكليات؛ واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب؛ وأجاب الشاسع البعيد وتقارب؛ وحصل طلبته في أقرب الأزمان؛ وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان، فبين المقامين شأو بعيد، وبين المنزلتين تفاوت شديد»(١).

ولما كان الأمر كذلك، خصصنا هذا الفصل لدراسة مجموعة نصوص شرعية؛ وقواعد فقهية حاكمة على العقود بصفة عامة والعقود المالية بصفة خاصة، من أجل رصد أحكام شرعية لتطور العقود المالية، لأن من حسنات الفقه الإسلامي، اشتماله على قواعد عامة مرنة؛ لها القدرة بذاتها لتتبع أي تطور في حياة المكلف، منها العقود المستحدثه في عصرنا هذا والتي لم ترد مثيلاتها في فقه من تقدم، فإن قبولها شرعا مرهون بعدم جريانها على تناقض مع أصول الشريعة وقواعدها العامة، وهذا هو الأصل في قسم العادات كما سبق أن بينا في فصل: حرية التعاقد.

---

(١) الفروق: ١/ ٧١.

المبحث الثاني

الأصول الشرعية العامة المحددة لطبيعة العقود المالية

كان من الطبيعي أن نحدد أولاً الأصول الشرعية العامة التي تحدد طبيعة العقود المالية، لتمييز المنهج المتبع في دراستها؛ وتتبع تطورها، لأن الجهل بطبيعة المادة المدروسة يؤدي إلى الخلط في المنهج المتبع لدراستها، مع العلم أن كل منهج لابد أن يشتق من المادة المدروسة؛ليكون الدليل في طبيعة المدلول.

وإن أول أصل شرعي يحدد طبيعة العقود المالية:

*** القاعدة الشرعية: الأصل في المعاملات الإباحة**

ودليل هذه القاعدة من القرآن الكريم، قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً﴾[(١)] وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾[(٢)]، وقوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾[(٣)].

*** ومن السنة النبوية:**

* عن سعد بن أبي وقاص عن النبي ﷺ أنه قال: «إن أعظم المسلمين جرما من سأل عن شيء فحُرم على السائل من أجل مسألته»[(٤)].

* ومن حديث أبي الدرداء رضي اللَّه عنه قال: قال رسول اللَّه ﷺ ما أحل اللَّه في

(١) سورة الأنعام الآية ١٤٥.

(٢) سورة الأنعام الآية ١١٩.

(٣) سورة البقرة الآية ٢٩.

(٤) أخرجه الإمام البخاري في كتاب «الاعتصام بالكتاب و السنة» باب ما يكره من كثرة السؤال. . .ج: ٤ ـ ص١٨٣.
وأخرجه الإمام مسلم في كتاب «الفضائل» باب توقيره صلى الله عليه وسلم بزيادة: «في المسلمين» حديث رقم ٢٣٥٨ ـ ص: ٩٩٨.
وأبو داود في كتاب السنة ـ باب لزوم السنة ـ حديث رقم: ٤٦١٠ ـ ص: ٨٦٣.
وابن حبان في كتاب العلم ـ باب الزجر عن كتبة المرء السنن مخافة أن يتكل عليها دون الحفظ لها ـ حديث رقم: ١١٠ ـ ج: ١ ـ ص: ١٦١ ـ الإحسان ـ ت: كمال يوسف حوت.
وأحمد في «مسند العشرة» ١٥٤٥ ١/ ١٧٩.

كتابه فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو، فاقبلوا من اللّٰه عافيته، فإن اللّٰه لم يكن لينسى شيئا، وتلا: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾[١].

* ومن حديث سلمان الفارسي قال: سئل رسول اللّٰه ﷺ عن بعض المطعومات فقال: الحلال ما أحل اللّٰه في كتابه، والحرام ما حرمه، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه[٢].

* ومن حديث أبي ثعلبة مرفوعا: «إن اللّٰه فرض فرائض فلا تضيعوها، وحد حدودا، فلا تعتدوها، وسكت عن أشياء رحمة بكم من غير نسيان فلا تبحثوا عنها»[٣].

ويضاف إلى هذه النصوص الشرعية القواعد العامة في العقود، وهي:

* الأصل في العقود الجواز إلا ما ورد نص بتحريمه[٤].
* وقاعدة: انتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم[٥].
* وقاعدة: كل ما تحتاج إليه الأمة في المعاملات فهو جائز
إما بالأصل وإما بالاعتبار[٦].
* وكما تقول القاعدة الأخرى: فما لا يتم المعاش إلا به فتحريمه حرج[٧].
* وقاعدة: كل مفسدة مقتضية للتحريم إذا عارضها حاجة راجحة أبيح المحرم[٨].

ومن مبادئ الشريعة العامة المجمع عليها: رفع الحرج، لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[٩].

ومما لاشك فيه أن منع الناس من العقود التي هم في حاجة إليها يجعلهم في حرج شديد، ولهذا كان من عدل الشارع ورحمته بالناس أن أباح لهم العقود التي يحتاجون إليها ولو كان فيها غرر[١٠].

ويستفاد من هذا كله أن العقود المسماة في الفقه الإسلامي لم تسم على سبيل الحصر، بحيث لا يمكن استحداث عقود أخرى، وإنما الأصل فيها الجواز، ولا

(١) جامع الترمذي كتاب اللباس باب ٦.
(٢) متن ابن ماجه كتاب الأطعمة باب ٦٠، ـ أخرجه الحاكم في المستدرك ـ ج: ٢ ـ رقم الحديث: ٣٤١٩.
(٣) المصدر نفسه.
(٤) انظر: الغرر وأثره في العقود: ص ٦٤٧.
(٥) القواعد النورانية: ص ٢٠٠.
(٦) المصدر نفسه ١٠٨.
(٧) القواعد النورانية: ١٤٣.
(٨) المرجع نفسه ص ١٣٣.
(٩) الحج الآية ٧٨.
(١٠) الغرر وأثره في العقود: ص ٥٩٩.

يشترط في إباحة عقد من العقود ورود النص في إباحته، وإنما الواجب أن لا يرد النص في منعه؛ أو يتناقض مع أصول الشريعة وقواعدها العامة.

وإذا كان الأمر كذلك؛ فإن طبيعة العقود من العادات التي تقبل التغيير ما لم يرد الدليل بالمنع، كما تقول القاعدة: لا تشرع عبادة إلا بشرع اللَّه؛ ولا تحرم عادة إلا بتحريم اللَّه(١). وكما تقول القاعدة الأخرى: الأصل في العادات عدم الحظر(٢).

(١) سبق تخريجها ص ٥٩.
(٢) انظر ص ٥٧.

الفصل الثاني

الأصول الشرعية
العامة المتعلقة بالعاقد

المبحث الأول: حرية الاختيار . .

المبحث الثاني: نية العاقد ومقصده .

*** عقد العينة .**

*** حجة الشافعي في تجويز عقد العينة .**

*** مناقشة حجتي الشافعي وابن حزم في العينة .**

*** عقد التورق . .**

تقديم

أتناول من خلال هذا المبحث المتعلق بالعاقد أصلين على شكل مبحثين، هما

الأصل الأول: حرية الاختيار.

الأصل الثاني: نية العاقد ومقصده.

المبحث الأول

حرية الاختيار

إن أول شرط في عقد المعاملات حرية اختيار العاقد ورضاه، لأن عقود المعاوضات لا تعقد إلا بالتراضي، لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[(١)].

كما يشترط في عقود التبرع طيب الخاطر، لقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[(٢)].

وقول الرسول ﷺ: «لا يفترقن اثنان إلا عن تراض»[(٣)].

واستثنى الرسول ﷺ من هذا الأصل العام: الإكراه؛ في قوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[(٤)].

---

(١) النساء الآية ٢٩. (٢) النساء الآية ٤.

(٣) أخرجه ابن ماجه وأبن حبان في صحيحه بهذا اللفظ (إنما البيع عن تراض) ومن طريق أبي هريرة مرفوعا اخرجه ابو داوود في كتاب البيوع بلفظ لا يفترقان اثنان إلا عن تراض وقال أبو عيسى هذا حديث غريب.

(٤) أخرجه ابن ماجة في كتاب الطلاق ـ باب طلاق المكره و الناسي أبلفظ: «إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه».

قال في الزوائد: إسناده ضعيف ـ لا تفاقهم على ضعف أبي بكر الهذلي ـ وبلفظ: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه».

قال فالزوائد: سنده صحيح إن سلم من الانقطاع، و الظاهر أنه منقطع بدليل زيادة عبيد بن نمير في الطريق الثاني و ليس ببعيد أن يكون السقط من جهة الوليد بن مسلم فإنه كان يدلس. حديث رقم: ٢٠٤٣ و ٢٠٤٥ ـ ج: ١ ـ ص٦٥٩.

والإكراه؛ نوعان:

١ ـ إكراه مادي

٢ ـ إكراه قانوني

*** الإكراه المادي:**

إن الإكراه المادي لا يقبل شرعا إلا فيما تقتضيه العدالة، كبيع القاضي أموال المدين لاستيفاء دينه.

*** الإكراه القانوني:**

أما الإكراه القانوني فيتمثل في الأوضاع القانونية الملزمة المخالفة للشريعة الإسلامية. وأن هذا الإكراه القانوني يتفاوت من بلد إلى بلد. فإذا كان حكم قانوني ملزما للناس في بلد ما؛ وهو مخالف لأحكام الشريعة، فإن الوضع يدخل تحت حكم الضرورة بسبب إلزامية القانون للناس، كما تنص القاعدة الفقهية: الضرورات تبيح المحظورات(١). وإن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، وإنما قيدت بقاعدة أخرى، وهي: الضرورة تقدر بقدرها(٢): أي يباح من المحظور مقدار ما يرفع الضرر عن المكلف، لأن الغاية من الشريعة رفع الضرر عن المكلفين، ولا ينبغي للمكلف أن يتبع هواه ويدعي المشقة والحرج، لأن مخالفة الهوى فيها مشقة؛ لكنها معتادة متحملة، وبسببها كان التكليف بما يطاق.

ونبه الإمام الشاطبي المكلف في هذا الأمر الذي كثيرا ما تزل فيه الأقدام، حيث قال: «إن أسباب الرخص أكثر ما تكون مقدرة ومتوهمة لا محققة، فربما عدها شديدة وهي خفيفة في نفسها، فأدى ذلك إلى عدم صحة التعبد، وصار عمله ضائعا وغير مبني على أصل، وكثيرا ما يشاهد الإنسان ذلك، فقد يتوهم الإنسان الأمور صعبة وليست كذلك إلا بمحض التوهم، ولو تتبع الإنسان الوهم لرمى به في مهاو بعيدة، ولأبطل عليه أعمالا كثيرة، وهذا مطرد في العادات والعبادات وسائر التصرفات»(٣).

هذا التنبيه من عالم المقاصد إنما قصد منه أن لا يركب المكلف هواه؛ ويقتحم المحرمات معتذرا بالضرورة التي تبيح المحرمات، وهذا كثير في زماننا.

---

(١) انظر: المجلة العدلية: المادة ٢١.

(٢) المجلة العدلية: المادة ٢٢.

(٣) الموافقات: ج ١/ص ٥٠٨ ـ ٥٠٩.

ومن صور الإكراه القانوني : التأمين على وسائل النقل؛ وهو التأمين التجاري بصفة خاصة، والمستمد من بيئة غير إسلامية والمشتمل على غرر فاحش ورد فيه النهي الشرعي المقتضي منعه.

فإذا وجد المكلف نفسه في بلد لا يقبل قانونيا إلا هذا النوع من التأمين، وهو في حاجة إليه في حياته، فيباح له ضرورة، حتى يجد البديل عنه، **لأن عقود الغرر تباح عند الحاجة إليها**، يقول السيوطي : «الحاجة : هي أن يصل المرء إلى حالة بحيث لو لم يتناول الممنوع يكون في جهد ومشقة، ولكنه لا يهلك، فالحاجة إلى عقد من العقود تكون في حالة ما إذا لم يباشر المرء ذلك العقد كان في مشقة وحرج لفوات مصلحة من المصالح المعتبرة شرعا»[١].

وقال ابن تيمية : «**ومفسدة الغرر أقل من الربا، فلذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة منه**»[٢].

وعقد التأمين لا ينطبق عليه ما ذكرنا ليكون جائزا، وإنما حاجة المكلف إلى عقد التأمين بسبب الإكراه القانوني.

---

(١) الأشباه و النظائر : السيوطي : ص ٧٩ ـ ٨٣ ـ ٨٤ ـ ٨٥ ـ ٨٨.

(٢) مجموع الفتاوى المبرى ٢٠ ـ ٢٤.

المبحث الثاني

نية العاقد ومقصده

من القواعد التي تخدم هذا الأصل:

* الأمور بمقاصدها[(١)].

* والعبرة في العقود المقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني[(٢)].

ودليل هاتين القاعدتين قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى.. الحديث»[(٣)].

فإن هذا الأصل يتحكم في الباعث على التعاقد خاصة في الفقه المالكي والحنبلي. فإذا ذكر السبب؛ أي الباعث في العقد فقد دخل في دائرة التعاقد واعتد به في جميع المذاهب، أما إذا لم يذكر السبب في العقد لا صراحة ولا ضمنا؛ فإن المذهب المالكي والحنبلي يعتد به مع ذلك بشرط أن يكون معلوما من الطرف الآخر[(٤)].

ففي الفقه المالكي يقول الحطاب: «واعلم أن الأعيان على قسمين:

* **القسم الأول: ما لا منفعة فيه أصلا، فلا يصح العقد به عليه.**

* **القسم الثاني: ماله منفعة، وهو على ثلاثة أقسام:**

الأول: ما كان جميع منافعه محرمة، وهو الذي لا منفعة فيه؛ لا يصح بيعه ولا تملكه...

الثاني: ما كان جميع منافعه محللة، فيجوز بيعه إجماعا..

الثالث: ما فيه منافع محللة ومنافع محرمة، قال المازري: فهو المشكل على الأفهام ومزلة الأقدام. وفيه ترى العلماء مضطربين، وأنا اكشف عن سره ليهون عليك اختلافهم.

فإن كان جل المنافع والمقصود منها محللا والمحرم تبع فواضح إلحاقه

---

(١) القواعد الفقهية للدكتور مصطفى الزرقا: المدخل ٢ ـ ٩٦٥ المجلة العدلية مادة ٢.

(٢) المصدر نفسه ٢/ ٩٦٦ المجلة العدلية المادة ٣.

(٣) صحيح البخاري رقم ١.

(٤) انظر تفاصيل هذا الموضوع في: مصادر الحق: للسنهوري: ٤/ ٥٢.

بالثاني.. وإن كانت منافعه المقصودة منها ما هو محلل ومنها ما هو محرم؛ أو فيه منفعة محرمة مقصودة؛ وسائر منافعه محللة، قال المازري: فهذا هو المشكل وينبغي أن يلحق بالممنوع.. وربما وقع في هذا النوع مسائل تشكل على العالم فيخلط المسألة بعين فكرته فيرى المنفعة المحرمة ملتبسا أمرها: هل هي مقصودة أم لا؟ ويرى ما سواها من المنافع المقصودة محللة فيمتنع من التحريم لأجل كون المقصود من المنافع محللا، ولا ينشط لإطلاق الإباحة لأجل الإشكال في تلك المنفعة: هل هي مقصودة أم لا، فيقف هنا المتورع؛ ويتساهل آخر؛ ويقول بالكراهية للالتباس ولا يحرم، فاحتفظ بهذا الأصل فإنه من مذهبات العلم، ومن أتقنه علما؛ هان عليه جميع مسائل الخلاف الواردة في هذا الباب»[١].

هكذا يبدو لنا أن المالكية يعتدون بالباعث وإن لم يذكر في العقد، مثلا: فلا يجيزون بيع أرض بقصد بناء كنيسة؛ ولا بيع عصير عنب لمن يتخذه خمرا.

وفي الفقه الحنبلي يقول صاحب المغني: «وهكذا الحكم في حمل ما يقصد به الحرام؛ كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطرق»[٢].

ويقول ابن القيم في مقصد العاقد: «فالنية روح العمل ولبه وقوامه، هو تابع لها؛ يصح بصحتها ويفسد بفسادها. والنبي عليه الصلاة والسلام قد قال كلمتين كفتا وشفتا؛ وتحتهما كنوز العلم؛ وهو قوله: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى»، فبين في هذه الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه، وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال، وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له؛ ولا يعصمه من ذلك صورة البيع»[٣].

من هذا الباب حرم الفقهاء الحيل التي تؤدي إلى تحليل ما حرم اللَّه قال ابن القيم رحمه اللَّه في تعريفه الفقهي للحيلة: «فالحيلة هي نوع مخصوص من التصرف؛ والعمل الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال؛ ثم غلب عليها بالعرف استعمالها في سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه،

بحيث لا يفطن له إلا بنوع من الذكاء والفطنة، فهذا أخص من موضوعها في اللغة، سواء كان المقصود أمرا جائزا أو محرما، وأخص من هذا استعمالها في الغرض الممنوع شرعا أو عقلا أو عادة، فهذا هو الغالب عليها في عرف الناس»[٤]

(١) انظر: مواهب الجليل: ٤/ ٣٠٨ ـ ٣٠٩.
(٢) المغنى: ٤/ ٢٨٤ ـ ٢٨٥.
(٣) أعلام الموقعين: ٣/ ٣٩٨.
(٤) نفس المرجع: ٣/ ٢٥٢.

والحيل المذمومة شرعا؛هي التي تكون سببا في إسقاط واجب أو تحليل محرم، قال الشاطبي في ذلك: «فإذا تسبب المكلف في إسقاط ذلك الوجوب عن نفسه؛ أو في إباحة ذلك المحرم عليه بوجه من وجوه التسبب حتى يصير ذلك الواجب غير واجب في الظاهر؛ أو المحرم حلالا في الظاهر أيضا، فهذا التسبب يسمى حيلة وتحيلا»[١].

إذاً، إن أي أسلوب اتخذ لإسقاط واجب أو تحليل محرم فإنه يسمى حيلة عند الفقهاء[٢].

أتناول على ضوء هذه المعطيات الفقهية عقدين لهما صلة بنية العاقد ومقصده، وما كان في معناهما في هذا العصر، وهما:

* عقد العينة

* عقد التورق

١ ـ عقد العينـة:

أ ـ تعريف العينة في اللغة.

جاء في المصباح: العينة بالكسر: السلف[٣].

ب ـ وفي الاصطلاح:

أن تباع السلعة بثمن مؤجل ويشتريها البائع من المشتري نفسه بثمن معجل أقل مما باع به[٤].

قال ابن تيمية في علاقة بيع العينة بمقصد العاقد: «إذا كان قصد الطالب أخذ دراهم بأكثر منها إلى أجل؛ والمعطي يقصد إعطاءه ذلك، فهذا ربا لا ريب في تحريمه؛ وإن تحيلا على ذلك بأي طريق كان، فإن الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى، فإن هذين قد قصدا الربا الذي أنزل اللَّه في تحريمه القرآن»[٥].

---

(١) الموافقات: ٣/ ١٠٧.

(٢) انظر: مجلة البيان: س ١٨ ع ١٩٥ ذو القعدة ١٤٢٤ يناير ٢٠٠٤، في مقال تحت عنوان: التورق نافذة الربا في المعاملات المصرفية: د. محمد بن عبد الله الشيباني.

(٣) المصباح للفيومي مادة ع.ي.ت.

(٤) انظر: المغني ٤:/ ٤٥. وبداية المجتهد: ٤/ ٥٢٢. و مجموع الفتاوي: ٢٩/ ص. ومجلة المسلم المعاصر السنة ١٠ أالعدد ٣٨ ١٤٠٤هـ في مقال. تحت عنوان: الأعمال المصرفية في إطار إسلامي: د. جمال عطية.

(٥) مجموع الفتاوى: ٢٩/ ٤٣٩ ـ ٤٤٠.

ويقول ابن قدامة المقدسي[١]: «من باع سلعة بثمن مؤجل؛ ثم اشتراها بأقل منه نقدا؛ لم يجز، روي ذلك عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري والأوزاعي ومالك وإسحاق وأصحاب الرأي، وأجازه الشافعي لأنه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها؛ فجاز من بائعها كما لو باعها بمثل ثمنها»[٢].

ويقول ابن رشد الحفيد: «و ذلك أنه من باع شيئا إلى أجل ثم اشتراه: فإما أن يشتريه إلى ذلك الأجل بعينه؛ أو قبله؛ أو بعده، وفي كل واحد من هذه الثلاثة: إما أن يشتريه بمثل الثمن الذي باعه به؛ وإما بأقل؛ وإما بأكثر؛ يختلف من ذلك اثنين؛ وهو أن يشتريها قبل الأجل نقدا بأقل من الثمن؛أو إلى أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن، فعند مالك وجمهور أهل المدينة أن ذلك لا يجوز. . وقال الشافعي وداود وأبو ثور: يجوز.

فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الأول، فاتهمه أن يكون إنما قصد دفع دنانير في أكثر منها إلى أجل؛ وهو الربا المنهي عنه؛ فزورا لذلك هذه الصورة ليتوصلا بها إلى الحرام، مثل أن يقول قائل لآخر: أسلفني عشرة دنانير إلى شهر وأرد إليك عشرين دينارا، فيقول: هذا لا يجوز ولكن أبيع منك هذا الحمار بعشرين إلى شهر ثم أشتريه منك بعشرة نقدا. وأما في الوجوه الباقية فليس يتهم فيها؛ لأنه إن أعطى أكثر من الثمن في أقل من ذلك الأجل لم يتهم، وكذلك إن اشتراها بأقل من ذلك الثمن إلى أبعد من ذلك الأجل»[٣].

ومن الحجة لمن رأى هذا الرأي: حديث أبي إسحاق السبيعي عن امرأته العالية عن عائشة رضي اللّه عنها: أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم: يا أم المؤمنين إني بعت من زيد عبدا إلى العطاء بثمانمائة، فاحتاج إلى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الأجل بستمائة، فقالت عائشة: بئسما شريت وبئسما اشتريت، أبلغي زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول اللّه ﷺ إن لم يتب. قال: أرأيت إن تركت وأخذت الستمائة دينار، قالت: نعم «فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف»[٤].

---

(١) عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي أبو الفرج شمس الدين فقيه من أعيان الحنابلة، ولد بدمشق سنة ٥٩٧هـ وبها توفي سنة ٦٨٢هـ، له: الشرح الكبير للمقنع (الاعلام ج: ٣ ص: ٣٢٩).

(٢) المغني: ٤/ ص ٤٥.

(٣) بداية المجتهد: ٤/ ٥٢٢.

(٤) أخرجه أحمد في المسند كما في نصب الراية للزيلعي: ٤/ ١٦، و عبد الرزاق: ٨/ ١٨٤ ـ

فجمهور الفقهاء يحرم بيع العينة لكونه صورة لمعاملة ربوية؛ باعتبار القصد في العقد؛ ويضيف شيخ الإسلام توضيحا لهذه الصورة بقوله: «إن الأصل في هذا الباب أن الشراء ثلاثة أنواع:

أحدها: أن يشتري السلعة من يقصد الانتفاع بها كالأكل والشرب واللباس والركوب والسكنى ونحو ذلك، فهذا هو البيع الذي أحله اللَّه.

ثانيها: أن يشتريها من يقصد أن يتجر فيها إما في ذلك البلد وأما في غيره، فهذه هي التجارة التي أباحها اللَّه.

ثالثها: أن يكون مقصوده لا هذا ولا هذا؛ بل مقصوده دراهم لحاجته إليها؛ وقد تعذر عليه أن يستسلف قرضا أو سلما؛ فيشتري سلعة ويأخذ ثمنها، وقيل لابن عباس: رجل باع حريرة إلى أجل ثم ابتاعها بأقل من ذلك، فقال: دراهم بدراهم دخلت بينهما حريرة، وسئل أنس بن مالك عن نحو ذلك فقال: مما حرمه اللَّه ورسوله»[(١)].

أما حجة الشافعي في تجويزه بيع العينة فقوله: «وأصل ما ذهب إليه من ذهب في بيوع الآجال؛ أنهم رووا عن عالية بنت أنفع أنها سمعت عائشة أو سمعت امرأة أبي السفر تروي عن عائشة أن امرأة سألتها عن بيع باعته من زيد بن أرقم بكذا وكذا إلى العطاء ثم اشترته منه بأقل من ذلك نقدا، فقالت عائشة بئس ما اشتريت وبئس ما

١٨٥ رقم ١٤٨١٢.
والدارقطني ٣ ـ ٥٢ كتاب البيوع حديث ٢١١ ـ ٢١٢.
هذا الحديث رواه البيهقي والدارقطني وذكره الشافعي وأعله بالجهالة بحال امرأة أبي اسحاق، وقال لو ثبت فإنما عابت عليها بيعا إلى العطاء، لأنه أجل غير معلوم.
ثم قال ولا يثبت مثل هذا عن عائشة وزيد بن أرقم لا يبيع إلا ما يراه حلالا.
قال البيهقي: رواه يونس بن اسحاق عن أمه العالية بنت أنفع وأنها دخلت على عائشة مع أم محمد.
وقال غيره: هذا الحديث حسن، ويحتج بمثله لأنه قد رواه عن العالية ثقتان ثبتان: أبو اسحاق زوجها ويونس ابنها، ولم يعلم فيها جرح، والجهالة ترتفع عن الراوي بمثل ذلك؛ ثم إن هذا ضبطت فيه القصة، ومن دخل معها على عائشة، وقد صدقها زوجها وابنها وهما من هما، فالحديث محفوظ.
انظر عون المعبود مع سلعفان ابن القيم ٩/ ٢٦٢ ـ ٢٦٣.
وذهب إلى حديث العالية: الثوري و الأوزاعي في الجوهر النقي: ٥/ ٣٣٠.
(١) مجموع الفتاوي: ٢٩/ ٤٤١ ـ ٤٤٢.

تبعت أخبري زيد بن أرقم أن اللَّه عز وجل قد أبطل جهاده مع رسول اللَّه إلى أن يتوب»[١].

ثم علق الشافعي على هذا الخبر بقوله: «قد تكون عائشة لو كان هذا ثابتا عنها عابت عليها بيعا إلى العطاء لأنه أجل غير معلوم، وهذا مما لا نجيزه إلا أنها عابت عليها ما اشترت منه بنقد وقد باعته إلى أجل، ولو اختلف بعض أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام في شيء فقال بعضهم فيه شيئا وقال بعضهم بخلافه، كان أصل ما نذهب إليه أنا نأخذ بقول الذي معه القياس، والذي معه القياس زيد بن أرقم، وجملة هذا أنا لا نثبت مثله على عائشة مع أن زيد بن أرقم لا يبيع إلا ما يراه حلالا ولا يباع مثله فلو أن رجلا باع شيئا أو ابتاعه نراه نحن محرما وهو يراه حلالا لم نزد أن اللَّه يحبط من عمله شيئا[٢].

وملخص مدرك الشافعي في تجويزه بيع العينة في ما يلي:

أن خبر عائشة رضي اللَّه عنها لم يثبت عنده وعلى فرض صحة الخبر أن عائشة عابت على زيد البيع إلى العطاء لأنه أجل غير معلوم.

ثم إن بيع العينة اشتمل على عقدين منفصلين وأن التفاوت بين الثمنين في العقدين لا أثر له وإن كانت وسيلة إلى ما يقصد من الربا وهو الفضل لم تكن وسيلة إلى عين الربا الذي هو مقابلة الدينارين مباشرة كما أن النكاح وسيلة إلى ما يقصد بالزنا وهو التلذذ بالوطء لا إلى نفس الزنا الذي هو التلذذ على وجه غير مشروع[٣].

وذهب ابن حزم مذهب الشافعي في تجويز بيع العينة قال: «ومن باع سلعة بثمن مسمى حالة، أو إلى اجل مسمى قريبا أو بعيدا فله أن يبتاع تلك السلعة من الذي باعها منه بثمن مثل الذي باعها به منه وبأكثر منه وبأقل منه حلالا لا كراهية في شيء منه، ما لم يكن ذلك عن شرط مذكور في نفس العقد، فإن كان عن شرط فهو حرام مفسوخ أبدا محكوم فيه بحكم الغصب وهو قول الشافعي وأبي سليمان وأصحابهما»[٤].

وإلى ضعف حديث الباب يستند المحققون في قولهم بتحريم بيع العينة وهو الحديث المذكور سابقا وهناك حديث آخر يحرم بيع العينة عن ابن عمر عن النبي ﷺ: «إذا ضن الناس بالدنيا والدرهم وتبايعوا بالعينة واتبعوا أذناب البقر وتركوا

---

(١) سبق تخريجها في الصفحة السابقة.

(٢) الأم: ٣/ ٧٨.

(٣) انظر: الموافقات: ١/ ٣٨٠.

(٤) المحلى: ٧/ ٥٤٨.

الجهاد في سبيل اللَّه أنزل اللَّه بهم بلاء فلا يرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم»[(١)].

مناقشة حجتي الشافعي وابن حزم رحمهما اللَّه:

إن حديث العالية الذي سبق ذكره في البيع بالأجل، الذي قالت فيه عائشة رضي اللَّه عنها: «بئس ما شريت وبئس ما بعث أبلغي زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول اللَّه ﷺ إن لم يتب»، قال فيه الشافعي وابن حزم إنه حديث ضعيف تم تحقيقه بأنه حديث صحيح لعل تخريجكم في الهامش. والهامش لا يحال عليه إلا إذا ذكإ التحقيق في قلب الصحيفة كما يقتضي منهج البحث، إضافة إلى حديث عبد اللَّه بن عمر سالف الذكر.

بقي بين أيدينا تحرير اختلاف عائشة مع زيد وقضية إحباط العمل بسبب الإصرار على هذا البيع الذي هو بيع العينة. يقول ابن القيم في تخريج ذلك: «ولو لا أن عند أم المؤمنين رضي اللَّه عنها، علما من رسول اللَّه ﷺ لا تستريب فيه ولا تشك بتحريم مشكلة العينة، لما أقدمت على الحكم بإبطال جهاد رجل من الصحابة باجتهادها، لاسيما إن كانت قصدت أن العمل يبطل بالردة واستحلال الربا ردة، ولكن عذر زيد أنه لم يعلم أن هذا محرم كما عذر ابن عباس بإباحته بيع الدرهم بالدرهمين، وإن لم يكن قصدهما هذا، بل قصدت أن هذا من الكبائر التي يقاوم إثمها ثواب الجهاد ويصير بمنزلة من عمل حسنة وسيئة بقدرها، وأيضا أن الصحابة كعائشة وابن عباس وأنس، أفتوا بتحريم مسألة العينة وغلظوا فيها هذا التغليظ في أوقات ووقائع مختلفة، فلم يجئ عن واحد من الصحابة ولا التابعين الرخصة في ذلك، فيكون إجماعا. فإن قيل فزيد بن أرقم قد خالف عائشة ومن ذكرتم، فغاية الأمر أنها مثل ذات قولين للصحابة وهي مما يسوغ فيه الاجتهاد: قيل لم يقل زيد قط عن هذا حلال ولا أفتى به يوما ما ومذهب الرجل لا يؤخذ من فعله إذ لعله فعله

وأشار الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة رقم ١١ وانظر أيضا نيل الأوطار: ٢٠٦/٥ السنن ٣١٦/٥ الخلاصة أن الحديث صحيح بمجموع طرقه وأشار إلى هذا ابن القيم في التهذيب وأخرجه أبو داود في السنن كتاب البيوع باب النهي عن العينة رقم ٣٤٦٢ رجاله ثقات.

إسناد الحديث الذي صححه ابن القطان معلول، والحافظ في بلوغ المرام رقم: ٨٦١، قال وتعقب ابن حجر في التلخيص الكبير: كتاب البيوع ص ٢٣٩، ابن القطان بقوله: وعندي أنه حديث صحيح ورجاله ثقات.

(١) أخرجه أحمد بهذا اللفظ في المسند: ٢٨٢، و أبو أمية الرسوسي في مسند ابن عمر رقم ٢٢.

ناسيا أو ذا علة أو غير متأمل ولا ناظرا أو متأولاً أو ذنبا يستغفر اللَّه منه ويتوب؛ أو يصر عليه وله حسنات تقاومه فلا يؤثر؛ قال بعض السلف: العلم على الراوين يعني: أن يقول رأيت فلانا يفعل كذا وكذا إذ لعله قد فعله ساهيا: وقال إياس بن معاوية: لا تنظر إلى عمل الفقيه ولكن سله يصدقك. ولم يذكر عن زيد أنه أقام على هذه المسألة بعد إنكار عائشة وكثيرا ما يفعل الرجل الكثير التي مع ذهول كما في ضمنه من مفسدة فإذا نبه انتبه وإذا كان الفعل محتملا لهذه الوجوه وغيرها لم يجز أن يقدم على الحكم ولم يجز أن يقال مذهب زيد بن أرقم جواز العينة لاسيما وأم ولده قد دخلت على عائشة تستفتيها فأفتتها بأخذ رأس مالها وهذا كله يدل على أنهما لم يكونا جازمين بصحة العقد وجوازه وأنه مما أباحه اللَّه ورسوله»[1].

وعلق الشوكاني[2] على هذه المشكلة بقوله: «إنها حيلة ومنكر وخديعة للَّه، فمن أسهل الحيل على من أراد فعله أن يعطيه مثلا ألفا درهم باسم القرض، ويبيعه فرقه تياوه بخمسمائة درهم وقوله ﷺ إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى[3]..

خلاصة القول: إن المقصود بالعينة حينما يكون المبيع بذاته في العقدين مع اتحاد طرفي المعاملتين.

والرأي المختار عندي: أنه حرام لكونها صورة لمعاملة ربوية بأسلوب التحايل لتحليل ما حرم اللَّه عز وجل وأن قصد العاقد لابد أن يعتبر في العقود لحديث: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى...» وأن الأمور بمقاصدها.

وأما ما ذهب إليه المجوزون كالإمام الشافعي وأصحابه فهو أقرب إلى الصناعة الفقهية دون اعتبار الباعث على العقد، وأن النصوص الحديثية التي تحرم هذه المعاملة صحيحة بمجموع طرقها كما تبين في تخريجها.

إن بعض شركات التمويل تمارس في تمويلها بعض المشاريع عن طريق العينة.

صورة بعض النوازل المعاصرة التي تمارس فيها العينة:

الصورة الأولى: إن بعض شركات التمويل تتخذ أسلوب العينة في استثمار أموالها مع زبنائها، يأتي شخص ما إلى شركة التمويل، وهو يملك منزلا (فيلا) مثلا

(١) نيل الأوطار: للشوكاني: ٥/ ٢٠٧.
(٢) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني ولد سنة ١١٧٣هـ، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن من أهل صنعاء، ت: ١٢٥٠هـ له: نيل الأوطار ـ الاعلام ج: ٦ ص: ٢٩٨.
(٣) أعلام الموقعين: ٣/ ١٤٧ ـ ١٤٨.

ويبيع هذا المنزل لشركة التمويل المقصودة بثمن معين، ثم تقوم الشركة بتأجير هذا المنزل لصاحبه الذي باعه للشركة مدة معينة بأقساط تتضمن أرباحا وتزيد عن ثمن المنزل الذي اشترته به الشركة، وبعد المدة المحددة يرجع المنزل إلى صاحبه عن طريق التأجير المتعهد بالتملك.

هذه العملية عملية قرض بالربا في صورة البيع والكراء، إذ هو دراهم بدراهم وبينهما منزل كما قال عبد اللَّه بن عباس رضي اللَّه عنهما؛ لأن العملية كلها من أولها إلى أخرها لا يقصد فيها بيع ولا كراء وإنما يقصد بهذا حيلة للحصول على المال.

الصورة الثانية: أن بعض الأشخاص يحتاجون إلى أموال ولا يجدون من يقرضهم فيعمدون إلى الشركة التي تبيع الأثاث مثلا كالثلاجات أو السيارات، فيشتري ثلاجة بثمن ٨٠٠٠ درهم مثلا بالأجل ويبيعها للشركة نفسها بخمسة آلاف درهم ويأخذها حالا، فتكون النتيجة أن الشركة باعت ٥٠٠٠ درهم ب ٨٠٠٠ درهم إلى أجل وبينهما ثلاجة كما قال عبد اللَّه درهم بدرهم بينهما حريرة..

٢ ـ عقد التورق:

* تعريف التورق:

يعرف مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التورق بما يلي: كراء سلعة في حوزة البائع وملكه بثمن مؤجل ثم يبيعها المشتري بنقد لغير البائع للحصول على العقد[١].

* الفرق بين العينة والتورق:

إن العينة أن تباع السلعة بثمن مؤجل ويشتريها البائع من المشترى بثمن معجل أقل مما باع به، أي اتحاد طرفي المعاملتين.

التورق أن تباع السلعة بثمن مؤجل ويبيعها المشتري لغير البائع بثمن معجل أقل مما اشترى به.

إذاً: في العينة ترجع السلعة إلى البائع وفي التورق لا ترجع إلى البائع وإنما لغيره.

ويشتركان في القصد وهو الحصول على المال والسلعة بين العمليتين. وأما إذا انتقلت هذه السلعة إلى ثالث يدخل بينهما فهو محلل الربا وهذه الأقسام الثلاثة

(١) مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة ١١.

يعتمدها المرابون في تنمية أموالهم وأخف هذه الأقسام التورق لذلك ذكره عمر بن عبد العزيز وقال: هو أخية الربا. وقال ابن القيم: «وكان شيخنا رحمه اللَّه ابن تيمية يمنع من مسئلة التورق؛ وروجع فيها مرارا وأنا حاضر فلم يرخص فيها، وقال المعنى الذي لأجله حرم الربا موجود فيها بعينه مع زيادة الكلفة بشراء السلعة وبيعها والخسارة فيها فالشريعة لا تحرم الغرر الأدنى وتبيح ما هو أعلى منه[١].

إن علة تحريم العينة، الذريعة إلى الربا لذلك قال الفقهاء: إذا باع السلعة للبائع الأول بمثل الثمن الذي اشترى به أو أكثر جاز لأنه لا يكون ذريعة إلى الربا، وإن نقصت السلعة أو وقع فيها تغيير جاز له بيعها لصاحبها الأول بأقل لنقص المبيع لا للتوسل إلى الربا[٢].

وأختار جوازها بالشرط الذي اشترط المجمع الفقهي الذي هو: أن يبيع السلعة لغير البائع. وإن اختل الشرط المذكور تدخل في حكم العينة الذي هو التحريم.

*** حكم التورق:**

إن المجمع الفقهي الإسلامي المذكور سابقا يجوز بيع التورق بشرط هو:

أن تكون السلعة في حوزة البائع وحيازتها بعينها لدى البائع قبل البيع مع عدم شرائه لها مرة أخرى بأي أسلوب[٣].

---

(١) أعلام الموقعين: ٣/ ١٤٩.

(٢) انظر المغني مع الشرح الكبير ٤/ ٤٥ وانظر أيضا مجموع الفتاوى ٢٩/ ٤٤٢ التورق نافذة الربا في المعاملات المصرفية للدكتور محمد بن عبد الله الشيباني.

(٣) انظر: مجلة البيان س ١٨ ذو القعدة ١٤٢٤ يناير ٢٠٠٤ مقال تحت عنوان التورق نافذة الربا في المعاملات المصرفية للدكتور محمد بن عبد الله الشيباني.

الفصل الثالث

الأصول الشرعية العامة المتعلقة بالمعقود عليه

المبحث الأول: التعريف بالغرر وشروط تأثيره في المعقود عليه.

المطلب الأول: التعريف بالغرر.

المطلب الثاني: حكم الغرر.

المطلب الثالث: إضافة الغرر إلى البيع.

المبحث الثاني: شروط الغرر المؤثر في العقد..

المبحث الثالث: أنواع الغرر عند الفقهاء.

المطلب الأول: الغرر الكثير المتفق على تحريمه.

المطلب الثاني: الغرر اليسير المتفق على جوازه

المطلب الثالث: الغرر المختلف فيه بين الفقهاء

العقد

إجارة الفحل للضراب.

تقديـــم

إن الأصول الشرعية العامة المتعلقة بالمعقود عليه ترجع إلى النصوص الحديثية التي تنهى عن بيوع الغرر لكون الغرر المنهي عنه شرعا هو الصلة الجامعة للأصول الحاكمة على المعقود عليه.

وسأتناول دراسة هذه الأصول الشرعية العامة المتعلقة بالمعقود عليه في المباحث الثلاثة التالية:

المبحث الأول: التعريف بالغرر وشروط تأثيره في المعقود عليه

المبحث الثاني: شروط الغرر المؤثر في العقد

المبحث الثالث: أنواع الغرر عند الفقهاء

المبحث الأول

التعريف بالغرر وشروط تأثيره في المعقود عليه

المطلب الأول: التعريف بالغرر:

١ ـ تعريف الغرر لغة:

قال صاحب القاموس: «غره غرا وغرورا وغرا بالكسر فهو مغرور وغرير كأمير: خدعه وأطمعه بالباطل»[١].

وقال القاضي عياض[٢] رحمه اللَّه: «أصل الغرر لغة: حاله ظاهر محبوب

(١) القاموس المحيط: ٥٧٧.

(٢) القاضي أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض الشيخ الإمام، قاضي الايمة وشيخ الإسلام، وقدرة العلماء الاعلام، عمدة أرباب المحابر والأقلام... أخذ عن أبي الحسن سراج

وباطن مكروه، ولذلك سميت الدنيا متاع الغرور، قال: وقد يكون من الغرارة: وهي الخديعة، ومنه الرجل الغر بكسر الغين للخداع، ويقال للمخدوع أيضا، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: المؤمن غر كريم[(١)]»[(٢)].

٢ ـ تعريف الغرر اصطلاحاً:

لقد عرف الفقهاء الغرر بتعريفات متعددة وسأقتصر على إيراد تعريفين: أحدهما للقرافي؛ وثانيهما للسرخسي.

١ ـ عرف القرافي الغرر بقوله: «و أصل الغرر هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا كالطير في الهواء والسمك في الماء»[(٣)].

فتعريف القرافي يشمل ما شك في وجوده وما جهل وجوده أو صفته بدليل ما جاء في المدونة: قال ابن وهب: «وقال مالكُ وتفسير ما نهى عنه رسول اللَّه ﷺ من بيع الغرر أن يعمد الرجل قد ضلت راحلته أو دابته أو غلامه، وثمن هذه الأشياء خمسون دينارا فيقول: أنا آخذها منك بعشرين دينارا، فإن وجدها المبتاع ذهب من البائع بثلاثين دينارا وإن لم يجدها ذهب البائع منه بعشرين دينارا وهما لا يدريان كيف يكون حالهما في ذلك الوقت ولا يدريان أيضا إذا وجدت تلك الضالة كيف توجد، وما حدث فيها من أمر اللَّه مما يكون فيه نقصا أو زيادتها فهذا أعظم المخاطر»[(٤)].

٢ ـ عرف السرخسي الغرر بقوله: الغرر ما يكون مستور العاقبة. وأختار هذا التعريف الأخير لكونه من الناحية الشكلية قليل اللفظ دقيق العبارة جليل المعنى.

وهو من ناحية المضمون أجمع للفروع الفقهية التي أدخلها الفقهاء تحت الغرر وموافق للمعنى في كثير من التعاريف[(٥)].

والقاضي أبي عبد الله بن عيسى.. وعنه ابنه محمد وابن غازي وابن زرقون...له: إكمال المعلم في شرح مسلم، والشفا... ولد سنة: ٤٧٦هـ، وتوفي بمراكش سنة ٥٤٤هـ.(شجرة النور ـ ١٤٠.

(١) أخرجه الترمذي في كتاب البر والصلة؛ حديث رقم: ١٨٨٧، و كتاب الأدب: حديث رقم: ٤١٥٨.

(٢) الفروق: ٣/ ١٠٥٢ ف ١٩٣.

(٣) المرجع نفسه ١/ ٢٨٤ ف ٢٤.

(٤) المدونة ١/ ٣٨ والموطأ بها ملك المنتهى ٥/ ٤١/ ٤٢.

(٥) عرفه ابن تيمية يقول: ً الغرر المجهول العاقبة ً القواعد النورانية ١١٦ وعرف اليرازي في المهذب ١/ ٢٦٢: الغرر ما انطوى عند أمره وخفي عليه عاقبته.

المطلب الثاني: حكم الغرر

لم يرد في القرآن الكريم نص خاص عن حكم الغرر، لكن ورد فيه نص عام يدخل فيه حكم الغرر، وهو النهي عن أكل أموال الناس بالباطل كقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾[١]؛ واتفق الفقهاء على أنه الغرر المنهي عنه شرعا في قوله تعالى بالباطل. أما السنة النبوية فقد ورد فيها مجموعة من أحاديث شريفة تنهى عن الغرر منها:

ما روى أبو هريرة رضي اللّه عنه أن رسول اللّه ﷺ نهى عن بيع الغرر وعن بيع الحصاة[٢].

وروى ابن عباس رضي اللّه عنهما قال: نهى رسول اللّه ﷺ عن بيع الغرر[٣].

ولم يرو البخاري حديث النهي عن بيع الغرر لم يورد حديث النص عن بيع الغرر، لكن قيد بابا عنونه بما يلي: «باب بيع الغرر وحبل الحبلة: ثم ذكر حديث النص عن بيع حبل الحيلة وبيع المنابذة والملامسة[٤].

قال العيني: «فإن قلت لم يذكر البخاري في الباب بيع الغرر صريحا وذكره في الترجمة. لماذا؟

قلت: لما كان في حديث الباب النهي عن بيع حبل الحيلة وهو نوع من أنواع بيع الغرر ذكر الغرر الذي هو عام ثم عطف عليه حبل الحبلة من عطف الخاص على العام لينبه بذلك على أن أنواع الغرر كثيرة وإن لم يذكر منها إلا حبل الحيلة من باب التنبيه بنوع ممنوع مخصوص معلول بعلة على كل نوع توجد فيه تلك العلة»[٥].

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) أخرجه الإمام مسلم في كتاب البيوع أباب بطلان بيع الحصاة و البيع الذي فيه غرر.بلفظ: «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر». حديث رقم: ١٥١٣ ـ ص: ٦٣٤.
وأخرجه أبو داوود في كتاب البيوع أباب في بيع الغرر أحديث رقم: ٣٣٧٦ ـ ص: ٦٤١.
وأخرجه الترمذي بالعارضة أحديث رقم: ١٢٣٤ أج: ٣.
وأخرجه النسائي في البيوع أباب بيع الحصاة أبلفظ: «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع الحصاة و عن بيع الغرر». ج: ٤ص: ٢٦٢ ـ بشرح السيوطي و حاشية السندي.
وأخرجه الدارمي في كتاب البيوع أباب في النهي عن بيع الغرر أمن غير ذكر الحصاة أحديث رقم: ٢٥٥٠ ـ ج: ٢ ـ ص: ١٧٣.

(٣) سنن ابن ماجة.

(٤) الصحيح: ٣/ ٧٠.

(٥) عمدة القارئ: ١١/ ٢٨٤.

وقال ابن حجر[١] أيضا لم يذكر البخاري في الباب بيع الغرر صريحا وكأنه أشار إلى ما أخرجه أحمد.. عن ابن عمر قال نهى رسول اللّه ﷺ عن بيع الغرر[٢].

المطلب الثالث: إضافة الغرر إلى البيع

اختلف الفقهاء في إضافة الغرر إلى البيع هل هي إضافة صفة إلى الموصوف أو المصدر إلى مفعوله.

ذهب ابن تيمية إلى أن إضافة الغرر إلى البيع إضافة المصدر إلى مفعوله لأن النبي ﷺ نهى عن بيع المبيع الذي هو غرر فالمبيع نفسه هو الغرر كالشجرة قبل بدو صلاحها[٣]، وكذلك ابن القيم يذهب هذا المنحى[٤]. وهذا الاتجاه شبيه باتجاه القانونيين لكونهم يحصرون الغرر في المبيع[٥].

ويرى صاحب كتاب الغرر أن إضافة الغرر إلى البيع إضافة الموصوف إلى صفته. فيكون هذا المعنى أن الغرر عام في الصيغة وفي محل العقد.

إن اتجاه ابن تيمية يرى الغرر في المعقود عليه فقط.

والاتجاه الثاني يرى الغرر في الوظيفة وفي محل العقد.

وبيع الغرر هو البيع الذي كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر، أما الغرر اليسير فهو معفو عنه شرعا.

ونرجح الاتجاه الثاني لأن الغرر يقع في الصيغة كما يقع في محل العقد كما سنرى في المبحث الآتي المتعلق بتحديد الثمن في العقد. ولكي يؤثر الغرر في العقد شرط فيه الفقهاء شروطا أتناولها في المبحث الموالي.

---

(١) أحمد بن علي بن محمد الكناني العسقلاني أبو الفضل شهاب الدين ابن حجر، ولد سنة ٧٧٣هـ، من أيمة العلم والتاريخ، حافظ الاسلام في عصره، توفي بالقاهرة سنة ٨٥٢هـ له: فتح الباري ـ نخبة الفكر.. .(الاعلام ج: ١ ص: ١٧٨.

(٢) فتح الباري: ٤/ ٢٨٤.

(٣) نظرية العقد: ص ٢٣٤/ ٢٣٧.

(٤) زاد المعاد: ٤/ ٢٦٦/ ٢٦٧.

(٥) انظر الغرر وأثره: ص ١٥١.

المبحث الثاني

شروط الغرر المؤثر في العقد

يتناول المبحث الثاني شروط الغرر المؤثر في العقد من خلال النقط التالية:

١ ـ أن يكون في عقود المعاوضات المالية.

٢ ـ أن يكون كثيرا.

٣ ـ أن يكون في المعقود عليه أصالة.

٤ ـ أن تدعو للعقد حاجة[١].

١ ـ أن يكون في عقود المعاوضات المالية:

يمتاز المذهب المالكي عن المذاهب الأخرى في حصر تأثير الغرر في عقود المعاوضات دون عقود التبرعات لأن النزاع لا يتصور في التبرعات ولا أكل أموال الناس بالباطل وهذا فقه جميل.

قال ابن تيمية رحمه اللَّه: «و أما مالك فمذهبه أحسن المذاهب في هذا فيجوز بيع هذه الأشياء وجميع ما تدعو إليه الحاجة أو يقل غرره بحيث يحتمل في العقود حتى يجوز بيع المقاثي حمله وبيع المطيبات من الأرض كالجزر والفجل ونحو ذلك»[٢].

وأحمد قريب منه في ذلك.

وقد اعتمد المالكية في هذا الباب على قاعدة وهي: «أن جميع عقود التبرعات لا يؤثر الغرر في صحتها[٣].

ولتعليل الفرق بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات يقول القرافي: «وردت الأحاديث الصحيحة في نهيه ﷺ عن بيع الغرر وعن بيع المجهول. واختلفت العلماء بعد ذلك فمنهم من عممه في التصرفات، وهو الشافعي رحمه اللَّه فمنع من الجهالة في الهبة والصدقة والإبراء والخلع والصلح وغير ذلك.

ومنهم من فضل وهو مالك رحمه اللَّه بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة

(١) الغرر وأثره في العقود: ص ٥٨٣.

(٢) القواعد النورانية: ص ١٢٢ ـ ١٢٣.

(٣) انظر: الفروق: القرافي: الفرق ٢٤.

وهو باب المماكسات والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال وما يقصد به تحصيلها وقاعدة مالا يجتنب فيه الغرر والجهالات؛ وهو ما لا يقصد لذلك وانقسمت التصرفات عندي ثلاثة أقسام: طرفان وواسطة.

فالطرفان أحدهما معاوضة صرفة فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة كما تقدم أن الجهالات ثلاثة أقسام فذلك الغرر والمشقة، وثانيهما: ما الإحسان الصرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة والإبراء فإن هذه التصرفات لا يقصد بها تنمية المال، بل إن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه، فإنه لم يبدل شيئا بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر والجهالة ضاع المال المبذول في مقابلته فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه،

أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعا وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله، وهذا فقه جميل.

ثم إن الأحاديث لم يرد فيها ما يهم هذه الأقسام حتى نقول: يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع بل إنما وردت في البيع ونحوه.

وأما الواسطة بين الطرفين: فهذا النكاح فإنه من جهة أن المال فيه ليس مقصودا وإنما مقصوده المودة والألفة والسكون يقتضي أن نجوز فيه الجهالة والغرر مطلقاً»(١).

ذكر القرافي في نصه السابق أن الشافعي رحمه اللَّه يعمم الغرر سواء في عقود المعاوضات أو عقود التبرعات، ووافق ابن تيمية القرافي في قول ذكر عن الشافعي حيث قال: «وقاس الشافعي على بيع الغرر جميع العقود من التبرعات.

---

(١) الفروق: ١/ ٢٨٤ ـ ٢٨٥، الفرق الرابع والعشرون. الفرق بين الغرر والجهالة: قال القرافي في الفرق بين الجهالة والغرر: اعلم أن العلماء قد يتوسعون في هاتين العبارتين فيستعملون إحداهما موضع الأخرى، وأصل الغرر هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا، كالطير في الهواء والسمك في الماء.

وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول كبيعه ما في كمه فهو منها أعم من الآخر من وجه وأخص في وجه. فيوجد كل واحد منهما مع الأخر وبدونه، إما وجود الغرر بدون الجهالة كشراء العبد الآبق المعلوم قبل الإباق فهذا معلوم قبل الإباق لا جهالة فيه وهو غرر، لأنه لا يدري هل يحصل أم لا؟.

والجهالة بدون الغرر كشراء حجر يراه لا يدري أزجاج هو أم ياقوت مشاهدته تقتضي القطع كحصوله فلا غرر وعدم معرفته تقتضي الجهالة به.. انظر الفروق ٣/ ١٠٥١ ف ١٩٣.

الفرق بين الغرر والجهالة:

قال القرافي في الفرق بين الجهالة والغرر: «اعلم أن العلماء قد يتوسعون في هاتين العبارتين فيستعملون إحداهما موضع الأخرى، وأصل الغرر هو الذي لا يدري هل حصل أم لا، كالطير في الهواء والسمك في الماء.

وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول كبيعه ما في كمه فهو: كحصل قطعا لكن لا يدري أي شيء هو، فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه، فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه، إما وجود الغرر بدون الجهالة كشراء العبد الأبق المعلوم قبل الإباق فهذا معلوم قبل الإباق لا جهالة فيه وهو غرر، لأنه لا يدري هل حصل أم لا؟

والجهالة بدون الغرر كشراء الحجر يراه لا يدري أزجاج هو أم ياقوت، مشاهدته تقتضي القطع كحصوله فلا غرر وعدم معرفته تقتضي الجهالة به.. والمعاوضات»[١].

لكن قول الشافعية ليس على إطلاقه لأنهم يقررون الغرر القليل في التبرعات بدليل أنهم لا يشترطون تعيين المستعار في العارية فيصح أن يقول: أعرتك إحدى دوابي ويعللون هذا بما يفيد أن التبرعات يحتمل فيها من الغرر ما لا يحتمل في المعاوضات[٢].

إن تشدد المذهب الشافعي في الغرر وتعدد الصفقة جعله أقل تطورا من المذهب المالكي والحنبلي.

٢ ـ أن يكون الغرر كثيرا في المعقود عليه:

أجمع الفقهاء[٣] على أن الغرر الذي يؤثر في العقد هو الغرر الكثير أما الغرر اليسير فلا تأثير له مطلقا، والاختلاف بين الفقهاء لا يرجع إلى أصل القاعدة، وإنما يرجع إلى تطبيقها في الوسط المتردد بين الكثير واليسير والكثرة والقلة في الغرر من الأمور النسبية لا تشطيط، وهذا هو سبب الخلاف، وقد رام ابن رشد الجد وضع الضابط للغرر فقال: إن الغرر اليسير لا ينفك البيوع عنه[٤].

---

(١) القواعد النورانية: ص ١٢٢.
(٢) تحفة المحتاج: ٥/ ١٣٧.
(٣) الغرر وأثره في العقود: ص ٥٨٧/ ٥٩٠.
(٤) المقدمات: ١/ ٢٣٢.

وقال الباجي[١]: «والغرر الكثير هو ما كان غالبا في العقد حتى صار العقد يوصف به[٢].

٣ ـ أن يكون في المعقود عليه أصالة[٣]:

لأن الغرر المؤثر في صحة العقد هو ما كان في المعقود عليه أصالة، أما الغرر في التابع فمعفو عنه لقاعدة فقهية: «يغتفر في التوابع مالا يغتفر في غيرها»[٤] وهذه القاعدة تدل على مرونة الفقه الإسلامي في المعاملات المالية، حيث رخص في الغرر إذا كان تابعا للأصل؛ كبيع الشاة مع حملها؛ وبيع اللبن في الضرع مع الشاة؛ وبيع الشجرة قبل بدو صلاحها إذا كانت تابعة للأصل.

٤ ـ ألا تدعو للعقد حاجة[٥]:

يشترط لتأثير الغرر في العقد، ألا يكون الناس في حاجة إلى ذلك العقد، لأن العقود كلها شرعت لحاجة الناس إليها ومن مبادئ الشريعة العامة رفع الحرج عن الناس قال ابن تيمية: «ومفسدة الغرر أقل من الربا فلذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة منه[٦].

ويقول النووي: «الأصل أن بيع الغرر باطل للحديث، والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه، فأما ما تدعو إليه الحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه، كأساس لدار وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو اكثر وذكر أو أنثى، ونحو ذلك فهذا يصح بالإجماع[٧].

* المراد بالحاجة:

يقول السيوطي[٨] في المراد بالحاجة: «هي أن يصل المرء إلى حالة بحيث لو

---

(١) القاضي أبو الوليد الباجي سليمان بن خلف التميمي الفقيه الحافظ النظار العالم المتفنن المؤلف المتقن المتفق على جلالته علما وفضلا ودينا. أخذ عن أبي الأصبغ بن شاعر ومحمد بن اسماعيل. . . وعند ابن عبد البر والحميدي. . . له: المنهاج في ترتيب الحجاج، المنتقى شرح الموطأ. ولد سنة: ٤٠٣هـ، ت: ٤٧٤هـ.(شجرة النور ـ ١٢٠).

(٢) المنتقى: ٤١/١.

(٣) الغرر وأثره في العقود: ص ٥٩٤.

(٤) المجلة العدلية م ٥٤، ولا فرق بين أن يكون التابع مما يدخل في البيع بيعا.

(٥) الغرر وأثره في العقود: ص ٥٩٩.

(٦) القواعد النورانية: ١١٨.

(٧) المجموع للنووي: ٢٤٦/٩.

(٨) عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضيري السيوطي جلال الدين، إمام

لم يتناول الممنوع يكون في جهد ومشقة ولكنه لا يهلك»[١].

وهذا يعني أن الحاجة دون الضرورة[٢]، لأن الضرورة إن لم يتناول الممنوع هلك. لكن بعض الفقهاء يستعملون الضرورة مكان الحاجة في حديثهم عن الغرر في العقود مثال على ذلك قول الدسوقي: «وجاز بيع وشراء معتمدا فيه على الأوصاف المكتوبة في البرنامج.. للضرورة[٣]؛ والضرورة هنا بمعنى الحاجة، ويقول ابن رشد الحفيد: «وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين»[٤].

والملاحظ أن المالكية هم أكثر الفقهاء استعمالا للضرورة مكان الحاجة، وفقهاء الحنفية كثيرا ما يقولون في كلامهم عن عقود الغرر: إن هذا جاز لتعامل الناس أو للعرف أو للاستحسان، وقد يجمعون بين الإستحسان والتعامل أو بين أحد هذين والضرورة أو الحاجة وقد يجمعون الثلاثة في عبارة واحدة.

جاء في تنوير الأبصار وشرحه: «وجاز إجارة الحمام لأنه عليه الصلاة السلام دخل حمام الجحفة وللعرف.. وجاز بناؤه للرجال والنساء.. للحاجة، وجاز إجارة الظئر لتعامل الناس بخلاف بقية الحيوانات لعدم التعارف[٥].

حافظ مورخ أديب ولد سنة ٨٤٩هـ، وتوفي سنة ٩١١هـ له: الاتقان في علوم القرآن ـ همع الهوامع ـ (الاعلام ج: ٣ ص: ٣٠١).

(١) الأشباه والنظائر: ٧٧ القاعدة الرابعة.

(٢) الشرح الكبير: ٣/ ٣٤.

(٣) بداية المجتهد: ٤/ ٥٥٦.

(٤) انظر: ابن عابدين: ٥/ ٤٣ ـ ٤٤؛ وفي الحاشية: قول التعامل بين الناس علة الجواز. هذا امتحان.

(٥) سبق تخريجه: ص.

المبحث الثالث

أنواع الغرر عند الفقهاء

الغرر ثلاثة أنواع أتناولها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الغرر الكثير وهو المتفق على تحريمه.

المطلب الثاني: الغرر اليسير وهو المتفق على جوازه

المطلب الثالث: الغرر المختلف فيه بين الفقهاء.

المطلب الأول: الغرر الكثير المتفق على تحريمه:

إن الغرر المتفق على تحريمه هو الغرر المنهي عنه في الأحاديث النبوية وسأذكر بعض صور ها لدلالة تلك الصور على الغرر المتفق على تحريمه في الأحاديث النبوية، وسأشكل هذه الصورة في شكل أصول عامة بناء على العلة المقصودة في النهي وهي: الأصول الشرعية العامة المتعلقة بتحديد محل العقد.

الأصل الأول: الغرر الناتج عن الجهل بمحل العقد.

استخرجنا هذا الأصل من الحديث النبوي وهو: قول أبي هريرة رضي اللَّه عنه: إن رسول اللَّه نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر[١].

هذا الحديث عام في النهي عن الغرر وبيع الحصاة المذكور في الحديث نموذج اشتمل على الغرر في تحديد محل العقد وسأركز على بيع الحصاة في هذا الحديث.

*** تفسير بيع الحصاة:**

ذكر ابن رشد الجد تفسيرين لبيع الحصاة:

أحدهما: أن يسلم الرجل السلعة وبيد أحدهما حصاة فيقول لصاحبه إذا سقطت الحصاة من يدي فقد وجب البيع بيني وبينك.

ثانيهما: أن تكون السلعة منشورة فيرمي المبتاع حصاة فأيها وقعت عليه الحصاة وجبت له بما سمى من الثمن[٢].

---

(١) صحيح مسلم كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر رقم ١٥١٣.

(٢) المقدمات: ٢/ ٢٢١ ـ ٢٢٢.

إذاً: علة النهي عن بيع الحصاة الجهل بمحل العقد، فكل عقد اشتمل على العلة نفسها ألحق بحكم بيع الحصاة.

الأصل الثاني: الغرر الناتج عن الجهل بالأجل:

روى مالك عن نافع عن عبد اللّه بن عمر أن رسول اللّه ﷺ: نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتبايعه أهل الجاهلية، وكان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها(١).

*** تفسير بيع الحبلة(٢)**

هو البيع بثمن مؤجل إلى أن تلد الناقة ما في بطنها كما جاء في تفسيره في الحديث المذكور.

الأصل الثالث: الغرر الناتج عن الجهل بمقدار المبيع:

هذا الأصل يشمل مجموعة من البيوع المنهي عنها لكثرة الغرر فيها منها بيع الملامسة والمنابذة والمزابنة والمحاقلة.

* عن أبي سعيد الخدري رضي اللّه عنه قال: نهى رسول اللّه (عن الملامسة والمنابذة في البيع، والملامسة لمس الرجل ثوب الاخر بيده بالليل أو النهار ولا يقبله.

والمنابذة: أن ينبذ الرجل إلى الرجل بثوبه وينبذ الآخر بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض(٣).

---

(١) أخرجه الإمام البخاري في كتاب البيوع أباب بيع الغرر و حبل الحبلة. ج:٢ ـ ص:١٢.
وأخرجه الإمام مسلم في كتاب البيوع أباب تحريم بيع حبل الحبلة ـ حديث رقم:١٩١٤ ـ ص: ٦٣٤.

(٢) أخرجه أبو داوود في كتاب البيوع و الاجارة أباب في بيع الغرر ـ حديث رقم: ٣٣٨٠ ـ ص: ٦٤٢.
وأخرجه الإمام الترمذي بالعارضة ـ حديث رقم:١٢٣٣ ـ ج ـ ٣.
وأخرجه النسائي في كتاب البيوع أباب بيع حبل الحبلة أج:٤ أص:٢٩٣ ـ بشرح السيوطي و حاشية السندي.

(٣) الحبلة: الحبل بفتح الحاء والباء وهو الحمل والحبكة بفتح الحاء والباء أيضا قيل هو جمع حابل لحبكيته وكاتب وقيل هو مصدر سمي بالحمل وإنما دخلت عليه التاء للإشعار ببعض الأنوثة فيه وقيل التاء المبالغة والتحقيق أن حبل يستعمل للآدميات وغيرهن لا كما قال بعض أهل اللغة: أنه لا يقال لشئ من الحيوان حبل إلا ما جاء في هذا الحديث.
انظر:النووي على مسلم: ١/ ١٤٧. وعمدة القارئ:١١/ ٢٦٥، ونيل الأوطار: ٥/ ٣٤٤ ولسان العرب مادة حبل.

* وعن مالك عن داوود بن الحصين عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد عن أبي سعيد الخدري رضي اللَّه عنه: أن رسول اللَّه ﷺ: نهى عن المزابنة والمحاقلة.

والمزابنة: اشتراء الثمر (بالثاء المثلثة) بالتمر (بالتاء المثناة) في رؤوس النخل[١].

* مالك ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول اللَّه ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة[٢].

المزابنة اشتراء الثمر بالثمر والمحاقلة شراء الزرع بالحنطة واستكراء الأرض بالحنطة.

قال ابن شهاب: فسألت سعيد بن المسيب عن استكراء الأرض بالذهب والورق فقال لا بأس بذلك[٣].

قال مالك: الملامسة أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ولا يتبين ما فيه أو يبتاعه ليلا وهو لا يعلم ما فيه[٤].

والمنابذة هي طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقبله أو ينظر إليه ذكر هذا التفسير البخاري[٥].

فتكون العلة الجامعة في الغرر المنهي عنه في محل العقد الجهل بمحل العقد

---

(١) انظر: نيل الأوطار: ٥/ ١٥٠.

(٢) الموطأ: ٤/ ٢٤٦ هامش المتبقي وذكر فيه المحاقلة هي كراء الأرض، وفيه أيضا مولى بن أبي أحمد بدون ألف، وأن الكتب الحديثة ذكر فيها الألف، وصحيح البخاري ٣/ ٧٥ ولم يذكر البخاري تفسير المحاقلة، وجمع مسلم ١/ ٣٠١.

(٣) أخرجه الإمام البخاري في كتاب البيوع أباب بيع المزابنة أج:٢ أص:١٥.
وأخرجه الإمام مسلم في كتاب البيوع أباب النهي عن المحاقلة و المزابنة... عن جابر بن عبد الله بلفظ: «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن المحاقلة و المزابنة...» ـ حديث رقم:١٥٣٦ ـ ص:٦٤٥.
وأخرجه الترمذي بالعارضة ـ عن ابن عمر و أبي هريرة وزيد بن ثابت أحاديث تحت أرقام:١٣٠٤و١٢٢٨و١٣٠٤و ـ ج:٣.
وأخرجه ابن ماجة في كتاب التجارات ـ باب المزابنة و المحاقلة عن جابر و رافع بن خديج ـ حديث رقم:٢٥٥٣ ـ ج:٢ ـ ص:١٧٣.
والإمام مالك و احمد.

(٤) الموطأ واللفظ له. ومسلم ولم يذكر فيه قال ابن شهاب الموطأ ٤/ ٢٤٦ وصحيح مسلم ١/ ١٨٣. وانظر: الغرر وأثره في العقود: ص ٢٠٩/ ٢١٠.

(٥) الموطأ بها ملك المنتقى ٥/ ٤٤، والمدونة: ١/ ٣٧. و العقود: ص ١٣٩.

أو الجهل بالأجل أو الجهل بمقدار المبيع في العقود المالية كما بينا سابقا فكل عقد اشتمل على إحدى هذه العلل في العقود المالية فهو منهي عنه بالاتفاق.

المطلب الثاني: الغرر اليسير المتفق على جوازه:

ذكر الفقهاء أمثلة متنوعة من الغرر اليسير لجميع الدار وإن لم ير أساسها، لأن في ذلك حرج ومشقة والأصل في الشرع، رفع الحرج عن الأمة، وكذلك الإجارة على دخول الحمام، لأن أحوال الناس تختلف في المكث في الحمام، واستعمال الماء فأجازه الشارع لحاجة الناس إليه، لأن كل عقد احتاج إليه الناس في حياتهم فهو جائز، وإن كان فيه غرر كما تقول القاعدة الفقهية: فكل ما لا يتم المعاش إلا به فتحريمه حرج[١]،وقال الدردير: واغتفر غرر يسير للحاجة[٢].

المطلب الثالث: الغرر المختلف فيه بين الفقهاء:

إن الغرر المختلف فيه بين الفقهاء هو المتردد بين الكثير واليسير وهذا المختلف فيه يؤثر الواقع في معايير ضبطه؛ ومن أمثلته:

١ ـ العقد المعلق:

العقد المعلق هو ما علق وجوده على وجود أمر آخر ممكن الحصول بأداة من أدوات التعليق، مثاله، أن يقول شخص لآخر بعتك سيارتي بخمسين ألف درهم إن باع فلان سيارته.

وقد اختلف الفقهاء في حكم العقد المعلق بين المنع والجواز، والسبب في اختلافهم تقدير الغرر الموجود في هذا العقد، حيث يتردد بين الكثير المنصوص على تحريمه واليسير المعفو عنه.

قال الجمهور بتحريمه لكونه اشتمل على الغرر المنهي عنه.

وأما ابن تيمية وابن القيم فيريان جوازه لأن الغرر عندهما هو ما يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل، فإن هذا العقد في نظرهما ليس فيه غرر لأن العقد معلق على شرط مثل اليمين، إذا تحقق وقع البيع وإن لم يتحقق لم يقع شئ بينهما[٣].

---

(١) صحيح البخاري: ٣/ ٧٠ الموطأ بها متن المنتقى: ٥/ ٤٤.
(٢) سبق تخريج هذه القاعدة.
(٣) الشرح الكبير: للدسوقي: ٣/ ٥٢.
(٤) نظرية: ص ٢٢٧، وأعلام الموقعين: ٣/ ٢٣٧.

ومن الفقهاء المحدثين الذين جوزوا العقد المعلق الدكتور مصطفى الزرقا[١]، والشيخ الخفيف[٢].

لهذا يصعب وضع ضابط محدد للغرر الكثير واليسير في آن واحد فإذا فعلنا ذلك فسنجد أنفسنا قد حددنا الطرفين وتركنا الوسط من غير تحديد.

إن معايير الغرر الكثير واليسير والوسط يجب أن تبقى مرنة لتفسر حسب الظروف والأحوال واختلاف العصور لتظل صالحة للبقاء والتطبيق في جميع الأزمة والأمكنة[٣].

٢ ـ إجارة الفحل للضراب:

أجاز المالكية إجارة الفحل للضراب وهو أن يستأجر الرجل الفحل ينزو على ناقته أتواها معلومة لأن الفحل معين والأكوام معينة فليس من هذا شئ من الغرر[٤].

٣ ـ يبيع ما لا يوجد من الزرع مع ما وجد إذا كان الزرع مما تتلاحق أبعاضه في الوجود كالقثاء والخيار وقد أجازه المالكية وكذلك بيع ما يمكن في.

---

(١) المدخل: ١/ف ٢٣٣/ ٢٣٧.

(٢) أحكام المعاملات: ص ٢٦٥.

(٣) الغرر وأثره في العقود: ص ٥٨٧ ـ ٥٨٩.

(٤) انظر: المنتقى: ٥/ ٢٢، والمغنى: ٥/ ٥٠، ونيل الأوطار: ٣/ ٢٤٢.

الفصل الرابع

الأصول الشرعية العامة المتعلقة بإمكان تسليم محل العقد

المبحث الأول: البيع قبل القبض . .

المطلب الأول: الأحاديث النبوية الواردة في البيع قبل القبض

المطلب الثاني: حكم بيع الطعام قبل قبضه . .

المطلب الثالث: المقصود بالطعام في الأحاديث النبوية . .

المطلب الرابع: المقصود بالقبض في الأحاديث النبوية . .

المطلب الخامس: هل النهي خاص بالطعام أم هو متعد

المطلب السادس: تكييف القبض عند الفقهاء . .

المطلب السابع: حكم بيع ما لم يقبض

المطلب الثامن: أثر القبض على المحل قبل بيعه . . .

المبحث الثاني: بيع المرء ما ليس عنده .

المطلب الأول: الأحاديث النبوية في بيع الإنسان ما ليس عنده . .

المطلب الثاني: الفوائد الفقهية من الأحاديث النبوية في بيع الإنسان ما ليس عنده . .

المطلب الثالث: علة المنع من بيع الانسان ما ليس عنده . . .

المبحث الثالث: بيع المعدوم . .

المطلب الأول: أقوال الفقهاء في بيع المعدوم

المطلب الثاني: رأي ابن تيمية وابن القيم في بيع المعدوم . .

تقديم

إن الأصول الشرعية العامة التي تضبط إمكان تسليم محل العقد عبارة عن نصوص حديثية سأقوم بمدارستها تحت ثلاثة مباحث؛ وهي:

المبحث الأول: البيع قبل القبض

المبحث الثاني: بيع المرء ما ليس عنده

المبحث الثالث: بيع المعدوم

المبحث الأول

البيع قبل القبض

أبدأ بهذا الأصل الأول في هذا المبحث؛ وهو: البيع قبل القبض.

المطلب الأول: الأحاديث النبوية الواردة في البيع قبل القبض

إن هذا الأصل يضم مجموعة من النصوص الحديثية الواردة في البيع قبل القبض، أضعها أولاً بين ـ أيدينا؛ ثم أتبعها بالدراسة.

*** الحديث الأول:**

عن ابن عباس رضي اللّه عنهما أن رسول اللّه ﷺ «نهى أن يبيع الرجل طعاما حتى يستوفيه، قلت لابن عباس: كيف ذلك؟ قال ذلك دراهم بدراهم والطعام مرجا»[(١)].

(١) البخاري: كتاب البيوع: باب بيع الطعام قبل أن يقبض و بيع ما ليس عندك؛ حديث رقم ٢١٣٥، وفي رواية أخرى للبخاري أيضا أن سفيان قال: الذي حفظناه من عمرو بن دينار سمع طاوسا يقول: سمعت ابن عباس رضي الله عنهما يقول: أما الذي نهى عنه النبي عليه الصلاة والسلام فهو الطعام أن يباع حتى يقبض، قال ابن عباس: «ولا أحسب كل شيء إلا مثله» باب الكيل على البائع و المعطي، حديث رقم ٢١٢٦و انظر أيضا رقم ٢١٣٦باب بيع الطعام قبل قبضه. و أنظر أيضا: صحيح مسلم: ١/ ١٦٨؛ والترمذي ٣/ ٥٨٦ والأخبار مع نيل الأوطار: ٥/ ٢٥٦.

*** الحديث الثاني:**

عن عبد اللَّه بن دينار قال سمعت ابن عمر رضي اللَّه عنهما يقول «قال النبي عليه الصلاة والسلام: من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه»[١].

*** الحديث الثالث:**

عن ابن عمر أن رسول اللَّه ﷺ: «نهى أن يبيع أحد طعاما اشتراه بكيل حتى يستوفيه»[٢].

*** الحديث الرابع:**

عن ابن عمر قال: قال رسول اللَّه ﷺ: «من اشترى طعاما بكيل أو وزن فلا يبعه حتى يقبضه»[٣].

*** الحديث الخامس:**

عن مالك عن نافع عن عبد اللَّه بن عمر أنه قال: «كنا في زمان رسول اللَّه ﷺ نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه»[٤].

*** الحديث السادس:**

عن أبي هريرة رضي اللَّه عنه أن رسول اللَّه ﷺ قال: «من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يكتاله»[٥].

*** الحديث السابع:**

عن أبي الزبير أنه سمع جابر بن عبد اللَّه يقول: كان رسول اللَّه ﷺ يقول: «إذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه»[٦].

*** الحديث الثامن:**

عن حكيم بن حزام قال: «قلت يا رسول اللَّه إني أشتري بيوعا فما يحل لي

---

(١) البخاري: كتاب البيوع: باب ما يذكر في بيع الطعام و الحكرة؛ رقم ٢١٣٣.
(٢) أبو داود: كتاب البيوع و الإجارات: ٣/ ٣٨١، والنسائي: كتاب البيوع: ٧/ ٢٨٦.
(٣) الإمام أحمد: ١/ ١١١.
(٤) انظر: هامش منتقى الباجي: ١/ ٢٨٣، وانظر أيضا: المسند للإمام أحمد: ٤/ ٥٦.
(٥) مسلم: ١/ ١٧١، ونيل الأوطار: ٥/ ٢٥٦.
(٦) مسلم: ١/ ١٧٢، ونيل الأوطار: ٥/ ٢٥٦.

منها وما يحرم علي؟ قال: فإذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه»[١]

*** الحديث التاسع :**

عن ابن عمر قال: «ابتعت زيتا في السوق، فلما استوجبته لنفسي؛ لقيني رجل فأعطاني به ربحا حسنا؛ فأردت أن أضرب على يده؛ فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فإذا زيد بن ثابت، فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك؛ فإن رسول اللَّه نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجارإلى رحالهم»[٢] .

ما يستفاد من الأحاديث النبوية في موضوع البيع قبل القبض:

تدل هذه الأحاديث على نهي من اشترى طعاما أن يبيعه قبل قبضه، سواء أكان الطعام معينا بأن اشتراه جزافا؛ أم غير معين بأن اشتراه على الكيل والوزن.

والملاحظ في بعض هذه الأحاديث؛ أن الطعام ذكر فيها مطلقا؛وهي أكثر الأحاديث في هذا الباب ومتفق على صحتها، والبعض الآخر ذكر فيها الطعام مقيدا بالجزاف وهو حديث ابن عمر متفق على صحته أيضا، وفي حديث آخر لابن عمر ذكر الطعام فيها مقيدا بالكيل والوزن وهما حديثان مقبولان.

المطلب الثاني: حكم بيع الطعام قبل قبضه

لما كانت الأحاديث السابقة تدل على النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، والأصل في النهي التحريم ما لم تكن قرينة تصرفه عن ذلك؛ فإن حكم بيع الطعام قبل قبضه الفساد.

والذي جرى به العمل في عهد الصحابة الكرام؛ هو فساد هذا البيع؛ بدليل ما روى مالك عن نافع: «أن حكيم بن حزام ابتاع طعاما أمر به عمر بن الخطاب رضي اللَّه عنه للناس، فباع حكيم الطعام قبل أن يستوفيه، فبلغ ذلك عمر الخطاب فرده عليه، وقال: لا تبع طعاما ابتعته حتى تستوفيه»[٣] .

المطلب الثالث: المقصود بالطعام في الأحاديث النبوية

بناء على ما ذكر فإن بيع الطعام قبل قبضه بيع فاسد، لكن لابد من تحديد المقصود بالطعام الذي ترتب عليه هذا الحكم.

---

(١) المسند للإمام أحمد: ٣/ ٣٨٣، ونيل الأوطار: ٥/ ٢٥٦.

(٢) الغرر و أثره في العقود: ص ٢٣٤.

(٣) الموطأ: ٤/ ٢٨٤،والملاحظ أن حكيم هو راوي حديث النهي عن بيع الطعام قبل قبضه مما يقوي رأي القائلين بضعف الحديث المروي عنه.

اختلف الفقهاء في تحديد المقصود بالطعام لعلة أذكرها فيما يلي:

الاتجاه الأول: بعض الفقهاء يرى أن الطعام يطلق على القمح خاصة بدليل ما روى البخاري عن أبي سعيد الخدري قال: «كنا نخرج زكاة الفطر صاعا من الطعام أو صاعا من شعير أو صاعا من تمر أو صاعا من أقط أو صاعا من زبيب...»[١].

استعملت لفظة الطعام في هذا النص في القمح، مما يدل على أنها عند إطلاقها تفيد القمح.

الاتجاه الثاني: يرى أن الطعام يطلق على كل ما يفيد الإطعام في العرف بحجة ما رواه البخاري عن أبي سعيد الخذري قال: «كنا نخرج في عهد رسول اللّه ﷺ زكاة الفطر صاعا من طعام، وقال أبو سعيد: وكان طعامنا الشعير والزبيب والأقط والتمر»[٢].

وهذا نص على أن الطعام يطلق على غير القمح، لأن القمح لم يكن في زمن النبي عليه الصلاة والسلام وإنما كان في زمن معاوية[٣].

هذا الاتجاه الثاني هو الراجح لملاءمة ما تعارف عليه الناس، بناء على أن ما لم يحدد بالكتاب والسُّنة واللغة؛ يحدد بالعرف.

لما حددنا معنى الطعام في الأحاديث النبوية؛ بقي لنا تحديد معنى القبض لأخذ صورة عامة كلية واضحة عن الموضوع.

المطلب الرابع: المقصود بالقبض في الأحاديث النبوية

إن بعض الأحاديث نهت عن بيع الطعام قبل كيله؛ وهذا لا يكون إلا فيما بيع على الكيل، والبعض الآخر من الأحاديث ينهى عن بيعه قبل تحويله من مكانه؛ وخصصت بعضها هذا الحكم بالجزاف، والبعض الآخر نهى عن بيع ما اشتري جزافا من طعام قبل أن يحوزه التجار إلى رحالهم.

وجاء في البعض الآخر النهي عن بيع الطعام قبل الاستيفاء؛ والبعض الآخر قبل القبض من غير تقييد بهيئة خاصة للقبض أو الاستيفاء[٤].

والذي يبدو لي من خلال هذه الأحاديث النبوية، أن القبض في المكيل ونحوه

(١) صحيح البخاري: كتاب الزكاة باب صدقة الفطر صاع من طعام ١٥٠٦.
(٢) صحيح البخاري: المصدر نفسه.
(٣) فتح الباري: ابن حجر: ٣/ ٢٩١ ـ ٢٩٢.
(٤) انظر تفاصيل الموضوع في: كتاب الغرر وأثره في العقود: ص ٣٢٦ ـ ٣٢٧.

يكون باستيفاء قدره، وأن القبض في الجزاف يكون بتحويله إلى رحل المشتري أو إلى أي مكان آخر، غير المكان الذي بيع فيه، والأحاديث الأخرى لم تتعرض للقبض في غير الجزاف والمكيل؛ فيرجع فيه إلى ما تعارف عليه الناس، لأن ما لم يُحدد بالشرع ولا باللغة يرجع فيه إلى العرف. وفي هذا بيان لتأثير الواقع في تكييف القبض، خصوصا وأن موضوع البحث هو أثر الواقع في تطور العقود المالية.

والجدير بالانتباه في هذه الدراسة: هل النهي الوارد في الأحاديث خاص بالطعام أم يتعدى إلى غيره؟

المطلب الخامس: هل النهي خاص بالطعام أم هو متعد؟

إن الأحاديث المتفق على صحتها خصصت النهي عن البيع قبل القبض بالطعام، مما يدل بمفهومه على إباحة ما عدا الطعام قبل قبضه، وهو مذهب مالك رحمه اللَّه تعالى. لكن قول ابن عباس رضي اللَّه عنهما: «ولا أحسب كل شيء إلا مثله»، يعني أن غير الطعام يقاس على الطعام الذي نهت الأحاديث عن بيعه قبل قبضه، وفي هذا قال ابن حجر: «وهذا من تفقه ابن عباس»[١].

يعني أن ذكر الطعام خرج مخرج الغالب لأنه أكثر ما يتعامل فيه الناس. والأخذ بمفهوم المخالفة لا يكون إلا بشرط عدم كون المفهوم له فائدة أخرى جاء من أجلها، وهي هنا خروجه مخرج الغالب فلا يعمل به.

إذن فالنهي يتناول الطعام وغيره منقولا كان أو عقارا أو غيرهما.

المطلب السادس: تكييف القبض عند الفقهاء

إن المبيع إذا كان عقارا فقد اتفق الفقهاء على أن القبض فيه يكون بالتخلية التي تمكن من التصرف والانتفاع[٢].

أما إذا كان محل العقد منقولا فقد اختلف الفقهاء في هيئة القبض فيه، ومذاهبهم في هذا على ما يلي:

المذهب الأول: ذهب الحنفية إلى أن حكم المنقول كحكم العقار؛ وهيئة القبض تكون بالتخلية إلا في المكيل والموزون تبعا للأحاديث المنصوصة في الباب[٣].

---

(١) فتح الباري: ابن حجر: ٤/ ٢٧٨.
(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٢٦، و الدسوقي في الشرح الكبير: ٣/ ١٢٦، و المجموع. للنووي: ٩/ ٢٨٣، و المغني لابن قدامة: ٤/ ١١١، و المحلى لابن حزم: ٨/ ١٨.
(٣) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٢٦.

المذهب الثاني: والمالكية فيما هو مشهور عنهم التفصيل:

فإذا كان محل العقد جزافا فهيئة قبضه بالتخلية، وإذا كان مقدرا فباستيفاء قدره، وإذا كان حيوانا أو ثيابا أو دراهم ونحوها يرجع في ذلك إلى العرف[١].

المذهب الثالث: والشافعية ترى القبض في المنقول يحكم في قبضه بالعرف. فما جرت به العادة بنقله ينقل؛ أو بتحويله يحول إلى غير ذلك[٢].

المذهب الرابع: والحنابلة فصلوا في هيئة القبض كالمالكية، فما ينقل فيه القبض يكون بالنقل والمكيل يكون بالكيل، لأن القبض الذي ورد في الشرع مطلقا غير مقيد بصورة معينة يرجع فيه إلى العرف[٣].

والذي أرجحه من خلال استعراض مقالات المذاهب المختلفة في الموضوع هو: أن المنقول إذا كان مقدرا فقبضه يكون بالاستيفاء؛ وإذا كان جزافا يكون قبضه بتحويله؛ وماعدا المقدر والجزاف يرجع فيه إلى ما جرى به التعامل بين الناس.

المطلب السابع: حكم بيع ما لم يقبض

جوز بعض الفقهاء البيع قبل القبض لأن القبض ليس شرطا في صحة البيع. ذهب هذا المذهب عطاء وعثمان البتي، وقال النووي: هو قول شاذ، وقال ابن عبد البر: هو قول مردود بالسنة والحجة المجمعة على الطعام. وأظنه لم يبلغه الحديث؛ ومثل هذا لا يلتفت إليه[٤].

وجمهور الفقهاء على أن هناك أشياء لا يجوز بيعها قبل قبضها عملا بالأحاديث المصرحة بالنهي عن منع بيع بعض الأشياء قبل قبضها. وتفصيل الموضوع فيما يلي:

ذهب الحنفية إلى أن المشتري لا يجوز له بيع المنقول قبل قبضه لعلة الغرر المتجلية في احتمال بقاء المبيع إلى القبض، وحكموا بإبطال البيع.

أما العقار فيجوز بيعه قبل قبضه بالاستحسان عند الشيخين لأن تلف المبيع غير محتمل[٥].

---

(١) الدسوقي في الشرح الكبير: ٣/ ١٢٦.

(٢) المجموع شرح المهذب: ٩/ ٢٧٥.

(٣) المغني: ابن قدامة ٤/ ١١١.
وانظر أيضا موسوعة فقه ابن تيمية الجزء الأول ص ٣٨٧.

(٤) انظر: المحلى لابن حزم: ٨/ ٥٢،و النووي على مسلم: ١٠/ ١٦٨ إلى ١٧٠.

(٥) البدائع: ٥/ ١٨، وحاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٣٤.

والمالكية فرقوا بين الطعام وغيره، فغير الطعام يجوز بيعه قبل قبضه عقارا كان أو منقولا مكيلا أو غير مكيل، مستدلين بحديث: «من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه». فدل ذلك على أن غير الطعام مخالف له، غير أنه إذا بيع على الكيل أو الوزن فلا يجوز للمشتري أن يبيعه قبل قبضه بثمن مؤجل؛ وذلك لأن ضمان المكيل والموزون على البائع حتى يستوفيه؛ فإذا باعه المشترى بثمن مؤجل قبل أن يستوفيه كان ذلك من بيع الكالىء بالكالىء[١].

أما الطعام فإن بيعه جزافا يجوز للمشتري أن يبيعه قبل قبضه؛ أي قبل أن ينقله من مكانه؛ وذلك لأن الجزاف عندهم يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد؛ لأن استيفاءه يكون بتمام العقد، والشافعية لا يجوز عندهم بيع أي مبيع قبل قبضه طعاما أو غيره منقولا أو عقارا[٢]

والحنابلة اختلفت الروايات في مذهبهم؛ فروي عنهم أن القبض شرط في المقدرات؛ وأما غيرها فيجوز التصرف فيها قبل قبضها لما روي عن عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب[٣] وابن سيرين[٤] والحسن وحماد بن أبي سليمان والأوزاعي[٥] واسحاق[٦] وأبي

(١) القوانين الفقهية: ص٣٤١، والمنتقى شرح الموطأ: ٤/١٥٨ ـ ١٦٢ و ٣٨٠ و ٥/ ٣٥؛ وانظر أيضا ٣١٠ وما بعدها.

(٢) المجموع شرح المهذب: ٩/ ٢٦٤ و ٢٧١.

(٣) سعيد بن المسيب الإمام شيخ الاسلام فقيه المدينة أبو محمد المخزومي، أجل التابعين ولد من خلافة عمر، سمع من عمر شيئا وهو يخطب، وسمع من عثمان وزيد بن ثابت وسعد وأبي هريرة... كان واسع العلم وافر الحرمة متين الديانة قوالا بالحق فقيه النفس. قال أحمد وغيره: مرسلات سعيد صحاح. ت: ٩٤هـ وعلى الراجح (تذكرة الحفاظ ج: ١ ص: ٥٤.

(٤) الإمام الرباني محمد بن سيرين أبو بكر مولى أنس بن مالك، وأصل سيرين من جرجاريا، سمع أبا هريرة وعمران بن حمين وابن عباس... وعنه أيوب وابن عون وقرة بن *... قال أبو عوانة: رأيت ابن سيرين، فما رآه أحد إلا ذكر الله تعالى ت: ١١٠هـ (تذكرة الحفاظ ج: ١ ص: ٧٨.

(٥) شيخ الإسلام أبو عمرو عبد الرحمن بن عمر وبن محمد الدمشقي الحافظ ولد سنة: ٨٨هـ حدث عن عطاء بن أبي رباح وربيعة بن يزيد والزهري... وعنه شعبة وابن المبارك والوليد بن مسلم... قال اسماعيل بن عياش: سمعتم يقولون سنة أربعين ومائة: الأوزاعي اليوم عالم الأمة. ت: ١٥٧هـ (تذكرة الحفاظ ج: ١ ص: ١٧٨.

(٦) إسحاق بن ابراهيم بن مخلد الحنظلي التميمي المروزي أبو يعقوب بن راهوية، عالم خراسان في عصره من سكان مرو، وهو أحد كبار الحفاظ، ولد سنة ١٦١هـ، طاف البلاد لجمع الحديث، أخذ عنه الإمام أحمد والبخاري ومسلم... ت: ٢٣٨هـ له: المسند (الاعلام ج: ١ ص: ٢٩٢.

ثور[١]: «أن كل ما بيع على المكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه»[٢].

وأرجح هذا المذهب الأخير لتيسيره على الناس خاصة في هذا العصر الذي تطورت فيه وسائل التبادل التجاري.

المطلب الثامن: أثر القبض على المحل قبل بيعه

ميز الفقهاء بين العقود التي يشترط قبض المحل فيها قبل بيعه؛ والعقود التي لا يشرط فيها ذلك.

فالحنفية انطلقوا من قاعدة عامة وهي: أن كل عوض مُلك بعقد ينفسخ فيه العقد بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه؛كالمبيع والأجرة وبدل الصلح إذا كان معينا. وما لا ينفسخ العقد بهلاكه جاز التصرف فيه قبل قبضه؛كعوض الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد وأرش الجناية وقيمة المتلف.

وأما الحنابلة فيوافقون الأحناف في هذه القاعدة التي يعنى بفقهها أن الصحة هي الأصل في التصرفات الصادرة من الأهل في المحل. وأن الفساد هنا جاء من عارض غرر الانفساخ[٣]

والمالكية ترى أن عقود المعاوضات التي يقصد بها المكايسة والمغابنة لا يجوز بيع ما ملكت قبل قبضه؛ وتلك العقود هي: البيع والإجارة والزواج بالنسبة للمهر والصلح ونحو ذلك.

والعقود التي لا يقصد منها المغابنة وإنما تكون على جهة الرفق يجوز بيع ما ملكت به قبل قبضه، ويشمل هذا القسم القرض فقط. وما تردد بين المغابنة والرفق كشركة التولية والإقالة يجوز بيع ما ملكت به قبل قبضه.

* علة المنع عند الفقهاء:

علل الحنفية ما ذهبوا إليه بالغرر[٤]، والمالكية عللوا ببيع الطعام قبل قبضه

---

(١) الامام المجتهد الحافظ ابراهيم بن خالد الكلبي البغدادي ويكنى أيضا أبا عبد الله، حدث عن سفيان بن عيينة وعبيدة بن حمية. . .وعنه أبو داوود وابن ماجة. . . قال النسائي: هو ثقة مأمون أحد الفقهاء ت: ٢٤٠هـ (تذكرة الحفاظ ج:٢ ص:٥١٢.

(٢) المغني لابن قدامة: :٤/ ١١٥ ـ ١١٦.

(٣) انظر المغني ٤: ١١٤، والبدائع: ٥/ ١٨١،و حاشية ابن عابدين:٤/ ٢٢٥، . و الغرر وأثره في العقود ص ٣٣٨ ـ ٣٣٩.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٢٤.

بذريعة الربا[١]، والشافعية والحنابلة يوافقون الأحناف في العلة التي هي: الغرر[٢].

والذي ذهب إليه المالكية هو ما ذهب إليه عبد اللّٰه بن عباس رضي اللّٰه عنهما بقوله: ذاك دراهم بدراهم والطعام مرجا.

وما ذهب إليه الجمهور هو أنه غرر ناشئ عن عدم القدرة على التسليم بسبب احتمال هلاك المحل.

وأرجح مذهب الجمهور لكونه المحقق في هذا البيع، أما التعليل بذريعة الربا فاحتمال بعيد، واللّٰه أعلم.

والحكمة في هذا كله؛ألا يتضرر التجار ولا العمال، لأنه إذا أبيح بيع السلع قبل قبضها ترتفع أسعارها ويتضرر العامل بارتفاع السعر، وإذا اشترط القبض يستفيد التاجر والعامل معا، وهذا مهم في الاقتصاد الوطني وتشغيل اليد العاملة.

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٤٤.

(٢) المهذب: ١/ ٣٦٣، و المغني: ٤/ ١١٤.

المبحث الثاني

بيع المرء ما ليس عنده

والكلام عنه يكون من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: الأحاديث النبوية في بيع الإنسان ما ليس عنده

١ ـ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى رسول اللَّه ﷺ عن بيعتين في بيعة وعن بيع وسلف وعن ربح ما لم يضمن وعن بيع ما ليس عندك[١].

٢ ـ عن حكيم بن حزام قال: أتيت رسول اللَّه ﷺ فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيعه؟ قال: لاتبع ما ليس عندك[٢].

المطلب الثاني: الفوائد الفقهية من الأحاديث النبوية في بيع الإنسان ما ليس عنده

يستفاد من الحديثين عدم جواز بيع الإنسان ما ليس عنده؛ ثم يذهب إلى السوق ليشتريه ويسلمه للذي باعه له، لأن الحديث نص في عبارة «ما ليس عندك»: نهي البائع عن بيع ما ليس مملوكا له، ولا يدخل في هذا النهي بيع المعدوم ولا الغائب عن مجلس العقد، لأن حكيم بن حزام كان يبيع للناس أشياء لا يملكها ويأخذ الثمن منهم ثم يذهب إلى السوق فيشتري تلك الأشياء ويسلمها لهم، فنهاه النبي عليه الصلاة والسلام.

المطلب الثالث: علة المنع من بيع الإنسان ما ليس عنده

وعلة المنع؛ هي الغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد لما يترتب على ذلك من النزاع.

بناء على هذه العلة أن النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده خاص فيما كان فيه البيع حالا؛ أما إذا تم البيع على أن يسلم البائع المبيع بعد مدة من الزمن يدخل في

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده وقال الشيخ محمد شاكر إسناده صحيح: المسند ٢/ ١٧٤أ ١٧٥، .
ومنتقى الأخبار مع نيل الأوطار: ٥/ ٢٥٢ ـ ٢٨٣.

(٢) رواه الخمسة وابن حبان واللفظ للترمذي، وقال الترمذي حديث حكيم بن حزام حديث.
حسن قد روي عنه من غير وجه.
ومنتقى الأخبار مع نيل الأوطار: ٥/ ٢٥٢ ـ ٢٥٣. و جامع الترمذي: ٣/ ٥٣٦.

حكم تأجيل المبيع؛ وهو جائز بشروطه. ولا يدخل فيه ما يقوم به التجار في زمننا هذا من بيع الاستيراد لأنه من حكم المبيع المؤجل والقدرة على التسليم بالضمان، والنزاع المتصور في مثل هذا البيع غير موجود أو نادر الوقوع.

يرى البغوي(١) أن النهي في الحديث خاص ببيع الأعيان التي لا يملكها البائع. أما لو باع شيئا موصوفا في الذمة فإن البيع يصح ويكون سلما تطبق عليه شروط السلم(٢).

(١) الحسين بن مسعود بن محمد الفراء أو ابن الفراء أبو محمد، يلقب بمحيي السنة ولد سنة ٤٣٦هـ، فقيه محدث مفسر، نسبته إلى بغا من قرى خراسان، ت ٥١٠هـ له: التهذيب ـ شرح السنة... (الاعلام ج٢ ص: ٢٥٩).

(٢) نيل الأوطار: ٥/ ٣٥٢.

المبحث الثالث

بيــع المعـدوم

المطلب الأول: أقوال الفقهاء في بيع المعدوم

يقول الكاساني: «وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع: منها أن يكون موجودا فلا ينعقد بيع المعدوم وما له خطر العدم»[١].

ويقول الشيرازي في توضيح المعدوم: «ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التي لم تخلق»[٢].

وقال النووي: «بيع المعدوم باطل بالإجماع»[٣].

وقال ابن قدامة: «بيع نتاج النتاج فاسد لأنه بيع معدوم»[٤].

وقال الشوكاني: «ومن جملة بيع الغرر بيع المعدوم»[٥].

وفصل المالكية في بيع المعدوم حيث فرقوا بين موضوع العقد المحتمل والموضوع غير الموجود فعلا: ذهب مالك فيما يخص عقود التبرعات كالهبة والوقف إلى جواز أن يكون موضوع العقد محتمل الوجود في المستقبل وإن لم يكن موجودا فعلا حين العقد[٦]. .

المطلب الثاني: رأي ابن تيمية وابن القيم في بيع المعدوم

ذهب ابن تيمية إلى جواز بيع المعدوم خلافا للجمهور بناء على دليلين هما:

لم يرد في الكتاب والسُّنة وأقوال الصحابة ما يدل على عدم جواز بيع المعدوم بلفظ عام ولا بمعنى عام، وإنما ورد النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما ورد النهي عن بيع بعض الأشياء وهي موجودة؛ إذا فليست العلة هي العدم. فوجب أن تكون العلة هي: الغرر لا لكونه معدوما.

---

(١) البدائع: ٥/ ١٣٨.
(٢) المهذب: ١/ ٢٦٢.
(٣) المجموع شرح المهذب: ٩/ ٢٥٨.
(٤) المغني: ٤/ ٣٠٩.
(٥) نيل الأوطار: ٥/ ٢٤٤.
(٦) انظر الشرح الصغير للدردير وحاشية بلغة السالك عليه: ٢/ ١٣١؛ ومواهب الجليل: ٤/ ٢٩٤.

إن الشارع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع كما في بيع التمر بعد بدو صلاحه مستحق الإبقاء إلى كمال الصلاح.

والاتجاه نفسه ذهب إليه ابن القيم(١).

وأرجح ما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم لموافقته للشرع والواقع معا، فمثلا الأحناف قرروا بطلان بيع المعدوم بالقياس، وحينما يعترضهم واقع يجوزونه استحسانا لتعامل الناس به. ومن أوضح الأمثلة عندهم على ذلك عقد الإجارة والسلم والاستصناع، وهذه العقود من بيع المعدوم وجوزها الأحناف استحسانا.

والقياس في الحقيقة يجب أن يبنى على النصوص الشرعية، فإذا كانت النصوص الشرعية جوزت التعاقد على المعدوم في بعض الأشياء ومنعته في البعض الآخر فيجب أن تكون العلة غير كون الشيء معدوما.

---

(١) انظر: القياس الشرعي الإسلامي: لابن تيمية: ص ٣٦ ـ ٣٧، وأعلام الموقعين: ١/ ٣٥٧ ـ ٣٥٨.

الفصل الخامس

الأصول الشرعية العامة المتعلقة بتحديد الثمن

المبحث الأول: النهي عن بيعتين في بيعة

المطلب الأول: النهي عن بيعتين في بيعة وعلاقته بتحديد الثمن في العقد

المطلب الثاني: النصوص الشرعية في النهي عن بيعتين في بيعة

المطلب الثالث: تفسيرات الفقهاء للنهي عن بيعتين في بيعة

المبحث الثاني: علاقة البيعتين في البيعة بالعقود المعتمدة

المبحث الأول

النهي عن بيعتين في بيعة

المطلب الأول: النهي عن بيعتين في بيعة وعلاقته بتحديد الثمن في العقد

إن الأصول الشرعية العامة المتعلقة بتحديد الثمن ترجع إلى نهي النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة؛ وعن بيع وسلف؛ وشرطين وبيع؛ وربح ما لم يضمن؛ وبيع ما ليس عندك.

وسأتناول في هذا المبحث نهي النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة بصفة خاصة، لكون هذا النهي له أثر كبير في تحديد موقف الفقهاء من تطور العقود المالية لما يشتمل عليه من عدم استقرار الثمن، وفكرة تعدد الصفقة في العقد الواحد كما سبق ذكره في حرية الاشتراط في العقود.

يقول الدكتور السنهوري: «ويبقى بعد ذلك أن نتساءل: ولماذا لا يجوز تعدد الصفقة في العقد الواحد؟ هنا نجد نصوص المذهب الحنفي تتذرع بأحاديث كثيرة عن النبي عليه الصلاة والسلام. فقد نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة؛ وعن بيعتين في بيعة؛ وعن بيع وشرط؛وعن بيع وسلف»[١].

إن الدكتور السنهوري يركز على المذهب الحنفي في تحريم تعدد الصفقة أو وحدة العقد، كما سبق ذكره في تطور حرية الاشتراط في المذهب الحنفي، لأنه أكثر المذاهب الفقهية تشددا في تطور الشروط لورود نهي النبي عليه الصلاة والسلام عن تعدد الصفقة كما جاء في فتح القدير: وقد نهى رسول اللّٰه ﷺ عن صفقتين في صفقة[٢]. .

وتمسك الأحناف بهذا النهي مناسب للفكرة الطبيعية التي تتفق مع تطور القانون، قال الدكتور السنهوري: فهي الفكرة الأولى التي يقف عندها نظام قانوني ناشئ في توخيه الدقة في التعاقد، يتحرى البساط في العقد، وتكون وحدة العقد مبدأ جوهريا من مبادئه، ومن ثم لا يجوز أن يتضمن العقد أكثر من صفقة واحدة؛ وإلا أخل ذلك بوحدته، بل لعل الفقه الإسلامي استغنى بهذه الفكرة وأمثالها،

(١) مصادر الحق: ٣/ ٩٦ والأحاديث الواردة في النص سيأتي تخريجها.
(٢) فتح القدير: ٥/ ٢١٨.

كفكرة اللفظية؛ وفكرة مجلس العقد؛ عن الشكلية في العقود، تلك الشكلية التي بدأت في القانون الروماني رسوما وأوضاعا ساذجة، وجاءت في الفقه الإسلامي ضربا من الشكلية أكثر تهذيبا.

ولعل فكرة وحدة الصفقة في العقد الواحد لم يخلص منها أي نظام قانوني مهذب في مراحله الأولى من التطور. فإنها الفكرة التي تلائم العقل القانوني عندما يبدأ في تشييد صرح من النظم القانونية، فهو يتحرى لها الثبات والاستقرار عن طريق وحدة العقد، إذ أن حاجة القانون إلى الثبات والاستقرار تسبق في تاريخ تطوره حاجته إلى المرونة والتجدد.

وها هو «أهرنج» أكبر فقهاء الألمان في القرن التاسع عشر، يحدثنا عن هذه الفكرة في القانون الروماني نفسه، وهو يتطور في مراحله الأولى، ثم يحدثنا كيف تركها هذا القانون بعد أن استكمل تطوره. ولو كان الفقه الإسلامي نقل عن القانون الروماني كما يزعم بعض المستشرقين لما رأينا لفكرة تعدد الصفقة فيه أثرا؛ بل رأينا أنه قد أغفلها القانون الروماني عندما وصل إلى المرحلة التي قيل: إن الفقه الإسلامي نقل عنه فيها، ولكن على النقيض من ذلك نرى الفقه الإسلامي لاسيما المذهب الحنفي متأثرا بهذه الفكرة كل التأثر، مما يقطع في أنه تطور تطورا مستقلا بعيدا عن القانون الروماني واجتاز مثله مراحل التطور نفسها دون أن يتأثر به[١].

والمذهب المالكي والحنبلي تخطيا مبدأ تعدد الصفقة في العقد الواحد لذلك صححا الشروط المقرونة بالعقد ما لم تناقض أهداف العقد. يقول الخرشي في المذهب المالكي: «قد نهى رسول اللَّه ﷺ عن بيع وشرط. وحمل أهل المذهب النهي على شرط يناقض أو يخل بالثمن»[٢].

جاء في الشرح الكبير على المقنع: . . ولم يصح نهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع وشرط؛ وإنما نهى عن شرطين في بيع لمفهومه إباحة الشرط الواحد[٣]

ويصح أن يشترط المشتري نفع البائع في المبيع مثلا أن يشتري ثوبا ويشترط على بائعه خياطته قميصا[٤].

وهذا دليل قوي على أن المذهبين تطورا وتخطيا قيود تعدد الصفقة خاصة المذهب الحنبلي في فقه ابن تيمية.

---

(١) مصادر الحق: ٣/ ٩٧ ـ ٩٨.
(٢) انظر: حاشية الخرشي: ٥/ ٨٠ ـ ٨١، والدسوقي على الدردير: ٣/ ٦٥ ـ ٦٧.
(٣) الشرح على المقنع. (٤) الشرح الكبير: ٤/ ٤٩ ـ ٥١.

المطلب الثاني: النصوص الشرعية في النهي عن بيعتين في بيعة

إذا كان الأمر كذلك فإني أضع أولاً النصوص الشرعية المعتمدة في تعدد الصفقة في العقد الواحد مع الاستفاضة في تخريجها، لكونها تمثل الركيزة الأساسية في تحديد موقف الفقهاء من تطور العقود المالية؛ ثم أردف ذلك بتفسيرات الفقهاء لتلك الأحاديث؛ لعلي أرجح التفسير المناسب لقوة دليله في الموضوع.

١ ـ عن نافع عن ابن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيعتين في بيعة[١].

---

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد: ٢٤/ ٣٨٨ ـ ٣٨٩. وهذا يتصل ويستند من حديث ابن عمر وأبي هريرة وابن مسعود عن النبي عليه الصلاة و السلام من وجوه صحاح، وهو حديث مشهور عن جماعة الفقهاء معروف غير مرفوع عند واحد منهم: .

حدثنا سعيد بن نصر ويحيى بن عبد الرحمان قالا: حدثنا محمد بن عبد الله بن أبي دليم قال حدثنا محمد بن وضاح قال: حدثنا يحيى بن معين حدثنا هشيم أخبرنا يونس عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة.

وحدثنا عبد الوارث بن سفيان قال حدثنا قاسم قال حدثنا أحمد بن الزهير قال حدثنا يحيى بن معين قال: حدثنا هشيم عن يونس بن عبيد عن نافع عن ابن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيعتين في بيعة.

وحدثنا سعيد بن نصر وعبد الوارث بن سفيان قالا حدثنا قاسم بن أصبغ قال حدثنا ابن وضاح قال حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثنا يحيى بن أبي زائدة عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة.

وأخبرنا محمد بن عبد الله قال حدثنا الميمون بن حمزة قال: حدثنا الطحاوي قال حدثنا المزني قال حدثنا الشافعي قال حدثنا الدراوردي عن محمد بن عمرو بن علقمة عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة.

وأخبرنا عبد الرحمان بن مروان قال: حدثنا أبو محمد القلزمي قال حدثنا ابن الجارود قال حدثنا عبد الله بن هاشم قال حدثنا يحيى بن سعيد القطان عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة بن عبد الرحمان عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى بيعتين في بيعة.

وأخبرنا ابراهيم بن شاكر حدثنا محمد بن أحمد حدثنا محمد بن أيوب حدثنا أحمد بن عمرو البزار حدثنا الفضل بن سهل حدثنا أسود بن عامر قال حدثنا شريك عن سماك بن حرب عن عبد الرحمان بن عبد الله بن مسعود عن أبيه أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيعة في بيعة.

وأخبرنا عبد الله بن محمد قال: حدثنا محمد بن بكر قال حدثنا أبو داود قال حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة عن يحيى بن زكرياء عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا.

وانظر: جامع الترمذي: رقم ١٢٣١ ـ ٣/ ٥٢٤ كتاب البيوع عن أبي هريرة.

٢ ـ عن أبي هريرة قال رسول اللَّه عليه الصلاة والسلام من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا. .

٣ ـ عن ابن مسعود أن رسول اللَّه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيعتين في بيعة.

٤ ـ عن عمرو بن شعيب(١) عن أبيه عن جده، قال نهى رسول اللَّه ﷺ عن بيعتين في بيعه وعن بيع وسلف وعن ربح ما لم يضمن وعن بيع ما ليس عندك(٢).

٥ ـ عن سماك عن عبد الرحمان بن عبد اللَّه بن مسعود عن أبيه، قال نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة واحدة(٣). .

المطلب الثالث: تفسيرات الفقهاء للنهي عن بيعتين في بيعة(٤)

قال ابن عبد البر(٤): معنى هذا الحديث عند أهل العلم أن يبتاع الرجل

والنسائي ٧/ ٢٧٨ رقم ٤٥٢٤ كتاب البيوع باب بيع المنابذة عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري.

و أحمد ٢/ ١٧٤ ـ ٤٣٢ عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده.

والبغوي بشرح السنة: ٨/ ١٤٢ عن أبي هريرة.

و البيهقي: ٥/ ٣٤٢ عن أبي هريرة.

وانظر أيضا: طرح التثريب: ٥/ ١٥٣٩ عن أبي هريرة.

(١) عمرو بن شعيب بن محمد السهمي القرشي أبو ابراهيم من بني عمرو بن العاص، من رجال الحديث، كان يسكن مكة، وتوفي بالطائف سنة ١١٨هـ (الاعلام ج: ٥ ص: ٧٩.

(٢) أخرجه أحمد في المسند في موضعين مع اختلاف في التقديم والتأخير وقال الشيخ أحمد محمد شاكر إسناده صحيح في مسند حكيم بن حزام رقم ١٥٢٥٠.وقال ابن حزم قلنا: نعم هذا صحيح و به نأخذ ولا نعلم لعمرو بن شعيب حديثا مسندا إلا هذا وحده (يقصد أنه ليس وجادة حيث ذكر اسم جده عبد الله بن عمرو بن العاص الصحابي)، وآخر في الهبات رواه عن طاووس عن ابن عباس وابن عمر عن النبي عليه الصلاة والسلام في المنع من الرجوع في الهبات إلى الوالد فيما أعطى ولده. . المحلى ٧/ ٤٧٥.

(٣) أخرجه أحمد: ١/ ٣٩٨، وأخرجه أيضا البزار والطبراني في الكبير والأوسط قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا تحل صفقتان في صفقة. ولفظه في الكبير (الصفقة بالصفقتين)، وهو موقوف. انظر: نيل الأوطار: ٥/ ٣٤٩.ومجمع الزوائد: ٤/ ٨٤.قال في مجمع الزوائد: رجال أحمد ثقات. . ٤/ ٨٤.لكن البزار أعل بعض طرقه ورجح وقفه بالوقف. رواه أبو نعيم وأبو عبد القاسم بن سلام انظر: فتح القدير: ٥/ ٢١٨.

(٤) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الإمام الحافظ النظار، شيخ علماء الأندلس وكبير محدثيها، الشهير الذكر في الأقطار، شهرته تغني عن التعريف به، تفقه بابن المكوي وابن القرضي ولازمه كثيرا. . . وعنه أبو العباس الدلائي، وأبو عبد الله الحميدي. . . له: التمهيد لما في الموطأ من المعاني، والاستذكار. . . ولد سنة: ٣٦٨هـ وتوفي سنة: ٤٦٣هـ.

سلعتين مختلفتين إحداهما بعشرة والأخرى بخمسة عشر، قد وجب البيع في إحدى السلعتين بأيهما شاء المشتري؛ هو في ذلك بالخيار بما سمي من الثمن ورد الأخرى ولا يعين المأخوذة من المتروكة؛ فهذا من بيعتين في بيعة عند مالك وأصحابه، فإن كان البيع على أن المشتري بالخيار فيهما جميعا بين أن يأخذ أيتهما شاء وبين أن يردهما جميعا ولا بيع بينهما فذلك جائز وليس من باب بيعتين في بيعة.

ومن هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع وسلف، لأن من سنته أن تكون الأثمان معلومة والبيع معلوما، وإذا انعقد البيع على السلف، والمنفعة بالسلف مجهولة، فصار الثمن غير معلوم[١].

قال الباجي: «نهيه ﷺ عن بيعتين في بيعة محمول على ظاهره من التحريم، وقال الفقهاء في معنى بيعتين في بيعة: أن يتناول عقد البيع بيعتين؛ على أن لا تتم منهما إلا واحدة مع لزوم العقد، فهذا هو معنى بيعتين في بيعة مثل أن يتبايعا هذا الثوب وهذا الآخر بدينارين على أن يختار أحدهما أي ذلك شاء وقد لزمهما ذلك؛ أو لزم أحدهما،

فهذا يوصف بأنه بيعتان. لأنه قد عقد بيعه في الثوب الذي بالدينارين؛ وبيعة أخرى في الثوب الذي بالدينار، ولم تجمعهما صفقة، لأنه لا يتم البيع فيهما، ويوصف بأنه في بيعة، لأنه إحدى البيعتين، فمثل هذا لا يجوز سواء كان ذلك بنقد واحد أو نقدين مختلفين، خلافا لعبد العزيز بن أبي سلمة في تجويزه ذلك بالنقد الواحد.

والدليل على ما نقوله من نهيه ﷺ عن بيعتين في بيعة، ونهيه يقتضي فساد المنهي عنه..

مسألة: وأما إن كان ذلك بثمن واحد مثل أن يبيعه أحدهما هذين الثوبين يختار أيهما شاء بدينار، وقد لزمهما ذلك أو لزم البائع، فحقيقة المذهب الجواز»[٢].

وقال الشوكاني في حديث أبي هريرة (فله أوكسهما أو الربا): «معنى ذلك: يدل على أنه باع الشيء الواحد بيعتين ببيعة بأقل وبيعة بأكثر، وقيل في تفسير ذلك: هو أن يسلفه دينارا في قفيز حنطة إلى شهر؛ فلما حل الأجل وطالبه بالحنطة؛ قال: بعني القفيز الذي لك علي إلى شهرين بقفيزين؛ فصار ذلك بيعتين في بيعة، لأن البيع الثاني قد دخل على الأولى فيرد إليه أوكسهما وهو الأول..

---

(١) التمهيد: ٢٤/ ٣٠٩٠ ـ ٣٩١.

(٢) المنتقى: ٦/ ٣٨٩ ـ ٣٩٠.

والعلة في تحريم بيعتين في بيعة عدم استقرار الثمن في صورة بيع الشيء الواحد بثمنين، والتعليق بالشرط المستقبل في صورة هذا؛ على أن يبيع منه ذاك؛ ولزوم الربا في صورة قفيز الحنطة قوله صفقتين في صفقة: أي بيعتين في بيعة[١].

ويقول ابن رشد الحفيد في علة المنع: وعلة امتناع هذا الوجه عند الشافعي وأبي حنيفة من جهة جهل الثمن؛ فهو عندهما من بيوع الغرر التي نهي عنها، وعلة امتناعه عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا[٢].

وقال الترمذي: «قال الشافعي: ومن معنى نهي النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة؛أن يقول أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا، فإذا وجب لي غلامك وجبت لك داري، وهذا يفارق عن بيع بغير ثمن معلوم، ولا يدري كل واحد منهما على ما وقعت عليه الصفقة.»[٣].

وقال ابن قدامة: «إذا قال بعتك بكذا على أن آخذ منك الدينار بكذا لم ينعقد البيع، لأنه شرط في العقد أن يصارفه بالثمن الذي وقع العقد به، والمصارفة عقد بيع فيكون بيعتان في بيعة، قال أحمد هذا معناه[٤]. .

وقال الشافعي: ولا خير في أن أبيعك تمرا بعينه ولا موصوفا بكذا على أن تبتاع مني تمرا بكذا، وهذا بيعتان في بيعة، لأني لم أملك هذا بثمن معلوم إلا وقد شرطت عليه في ثمنه ثمنا لغيره، فوقعت الصفقة على ثمن معلوم. وحصة الشرط في هذا البيع مجهولة، وكذلك وقعت في البيع الثاني والبيوع لا تكون إلا بثمن معلوم»[٥].

إذاً، إن معنى بيعتين في بيعة هو أن يتضمن العقد الواحد بيعتين سواء أكان على أن تتم واحدة منهما كما في قولك بعتك هذه السيارة بمائتي ألف درهم نقدا أو بمائتين وعشرين ألف درهم إلى أجل، أو بعتك ضيعتي على أن تبيعني منزلك.

وعلة المنع في هذا المعنى: هو اشتمال العقد على الغرر في صورة عدم استقرار الثمن كما سبق ذكره، والمالكية تعتبر العلة هي الربا،فيكون هذا العقد محرما سدا للذريعة.

تنبيه: هناك فرق دقيق بين معنى بيعتين في بيعة وصفقتين في صفقة كما جاء

(١) نيل الأوطار: ٥/ ١٥٢ ـ ١٥٣.
(٢) بداية المجتهد: ٤/ ٥٥٠ ـ ٥٥١. و انظر أيضا: المحلى: ٧/ ٥٠٢.
(٣) جامع الترمذي: ٣/ ٥٣٣.
(٤) المغني: ٤/ ٢٩٠.
(٥) الأم: ٣/ ٦٧.

في رواية عبد اللَّه بن مسعود عن أبيه قال: نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة واحدة.

فالبيعتان في بيعة أخص من صفقتين في صفقة. إن البيعتين في بيعة خاصة بالبيع، أما الصفقتان في صفقة فتشتمل على عقدين في عقد، كالبيع والإجارة والبيع والإعارة والبيع والسلف[١].

(١) انظر: الغرر وأثره في العقود: ص ٩٠ ـ ٩١.

المبحث الثاني

علاقة البيعتين في البيعة بالعقود المستحدثة

على أساس تعدد الصفقة في العقد الواحد كيف الفقهاء المعاصرون عقد الإيجار المنتهي بالتمليك الذي هو مربط الفرس في هذا البحث، لكونه يجمع بين الإجارة والبيع وسيأتي التفصيل فيه.

إن تمسك الفقه الإسلامي بفكرة النهي عن تعدد الصفقة في العقد الواحد حقق استقرارا للمعاملات المالية وتوازنا بين الغنم والغرم وسدا لذريعة الربا أو الغرر.

والذي أختاره في هذا المبحث أن جمهور الفقهاء تمسك بالنهي عن تعدد الصفقة في العقد الواحد لعلة الغرر وليس الربا.

وإذا كان الغرر هو علة المنع، فإن نظرية الغرر قابلة للتطور بطبيعتها. ثم إن النص الذي ينهى عن تعدد الصفقة في العقد الواحد نص عام، واتفق الفقهاء على عدم الأخذ بعمومه، واختلافهم في تعيين المقصود به، أو فيما يصدق عليه، وهذا مجال واسع للاجتهاد الذي يكيف العقود المستحدثة في الفقه الإسلامي ومن هنا يؤثر الواقع في تطور العقود المالية.

لهذا الاعتبار المذكور تطور المذهبان المالكي والحنبلي في العقود المالية بتخطيهما تعدد الصفقة في العقد الواحد كما سبق ذكره.

لذا فإن العقود المستحدثة تدخل في المجال القابل للتطور ومراعاة الواقع وحال المكلفين المعنيين بالعمل به تصحيحا لتصرفاتهم المالية ومعاملاتهم التجارية، ما دام دليل المنع ليس نصا قطعيا أو راجحا موجودا في هذا الباب. فإبقاء الباب واسعا للمسلمين أفضل من التشديد عليهم بالمنع الجالب للحرج والآصار والأغلال، فيحصل عندهم اقتناع بمخالفة شريعتهم لمصالحهم؛ فيبحثون عن حلول أحوالهم خارجها، أو يستبطنون معارضة الشريعة للمصالح والتجارات والصناعات والحرف والتعامل مع غير المسلمين في هذا المجال. وهذا ما ينبغي الانتباه له والسعي في جلب المصالح أو تكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها.

الباب الثالث

أثر الواقع في تطور صيغ التعاقد

الفصل الأول: مفهوم البيع: أنواعه وأحكامه.

الفصل الثاني: تحديد منطقة الربا في الأموال

الفصل الثالث: البيع بالتقسيط في المعاملات المالية

الفصل الرابع: بيع المرابحة للأمر بالشراء

الفصل الخامس: التكييف القانوني لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك.

الفصل السادس: التكييف الفقهي لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك....

الفصل السابع: الإشكالات المتعلقة بعقد الإيجار المنتهي بالتمليك من وجهة نظر الفقه

الفصل الثامن: الصور التي تجوز في الإيجار المنتهي بالتمليك والصور التي لا تجوز

تمهيـــــد

يعتبر عقد البيع من أهم المعاملات المالية على الإطلاق وهو أقدم العقود تعاملا وأكثرها انتشارا. به يبدأ الفقهاء أبواب المعاملات المالية في كتبهم، ويعدونه أصلا من أصول عقود المعاوضات، وفي بابه يذكرون القواعد العامة للعقود؛ كالصيغة والتراضي وحقيقة المال والأعيان التي يصح تملكها وأهلية العاقدين.

حكمة مشروعيته: إن حكمة مشروعيته تتجلى في مراعاة حاجة الناس إليه. لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد غيره، ومن عادة الناس أنهم لا يبذلون ما في أيديهم لغيرهم إلا بعوض لسنة اللَّه في خلقه.

فحقق البيع تبادل السلع والأشياء بطريق الرضا من غير حرج ولا إكراه؛ وهيمن الشرع الإلهي على نظام التعاقد بتقرير أثر الحكم على العقد الذي هو نقل ملكية المبيع للمشتري واستحقاق الثمن في ذمة المشتري للبائع، فتمكن كل منهما من التصرف فيما ملك بحرية مطلقة وسلطة تامة، وحرم أكل أموال الناس بالباطل، ولفظة الباطل يدخل فيها كل ما نهى اللَّه عنه من الربا والسرقة والغصب والخيانة والغرر الفاحش وغير ذلك من المنهيات في المعاملات المالية.

لذلك ميز الفقهاء بين البيوع الصحيحة والبيوع الفاسدة حسبما تقتضيه قواعد الشريعة في مراعاتها لتطور المعاملات المالية، خاصة أن جمهور الفقهاء صنفوا العقود في قسم العادات التي يؤثر فيها واقع الناس. قال ابن تيمية: البيع والهبة والإجارة وغيرها هي من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم كالأكل والشرب واللباس. فإن الشريعة قد جاءت في هذه العادات بالآداب الحسنة، فحرمت منها ما فيه فساد وأوجبت ما لا بد منه وكرهت ما لا ينبغي واستحبت ما فيه مصلحة راجحة في أنواع هذه العادات ومقاديرها وصفاتها.

وإذ كان كذلك فالناس يتبايعون ويستأجرون كيف شاءوا ما لم تحرم الشريعة. كما يأكلون ويشربون كيف شاءوا ما لم تحرم الشريعة. وإن بعض ذلك قد يستحب

أو يكون مكروها. وما لم تحد الشريعة في ذلك حدا فيبقون فيه على الإطلاق الأصلي[١].

وإن عقود المعاملات المالية يمسها التجديد بتجديد حياة الناس؛ ويؤثر فيه الواقع في تطورها خاصة في الزمن المعاصر الذي وقع التفاعل الاقتصادي بين الأمم والشعوب على اختلاف أديانها وشرائعها. مما يتطلب من المجتهد النظر باستمرار في كل جديد في الحياة لبيان حكم الشرع في ذلك حسبما تقتضيه قواعد الشريعة.

والشريعة وضع اللَّه فيها قدرة تتمكن بها من تكييف أي مستجدات في الحياة وإعطاء الحكم المناسب لها بشروط تذكر في مكانها.

لهذا الأمر سأركز في هذا الباب من البحث على عقدي البيع والإيجار لكثرة نوازلهما في هذا العصر وبصفة خاصة عقد الإيجار المنتهي بالتمليك المكون من الإيجار والبيع، استجابة لحاجة الناس إلى معرفة حكم اللَّه في هذه المستجدات خاصة المستوردة منها من الغرب بسبب الانفتاح الاقتصادي على كل تطور في الحياة.

وهكذا سيكون الباب مقسما إلى الفصول الثمانية التالية:

الفصل الأول: مفهوم البيع: أنواعه وأحكامه

الفصل الثاني: تحديد منطقة الربا في الأموال

الفصل الثالث: البيع بالتقسيط في المعاملات المالية

الفصل الرابع: بيع المرابحة للآمر بالشراء

الفصل الخامس: التكييف القانوني لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك

الفصل السادس: التكييف الفقهي لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك

الفصل السابع: الإشكالات المتعلقة بعقد الإيجار المنتهي بالتمليك من وجهة نظر الفقه

الفصل الثامن: الصور التي تجوز في الإيجارالمنتهي بالتمليك والصور التي لا تجوز

---

(١) مجموع الفتاوى ٢٩/١٨.

الفصل الأول

مفهوم البيع: أنواعه وأحكامه

المبحث الأول: تعريف البيع لغة واصطلاحاً.

المبحث الثاني: مشروعية البيع بالقرآن والسُّنة والاجماع.

المبحث الثالث: أركان البيع وشروطه..

المبحث الرابع: الأموال..

المطلب الأول: مفهوم المال لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: أثر الواقع في مفهوم المال عند الفقهاء

المبحث الخامس: حكم مالية الأشياء المستحدثة وعلاقتها بتطور الواقع

ـ قرار المجمع الفقهي في الموضوع..

المبحث السادس: حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة.

المبحث الأول

تعريف البيع لغة واصطلاحاً

معنى البيع لغة مقابلة: شيء بشيء على وجه المعاوضة. قال صاحب اللسان: البيع ضد الشراء والبيع: الشراء أيضا وهو من الأضداد؛ وبعت الشيء: شريته أبيعه بيعا ومبيعا وهو شاذ؛ وقياسه مباعا. والابتياع: الإشتراء. وفي الحديث: لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبع على بيع أخيه»[١]، قال أبو عبيد: كان أبو عبيدة وأبوزيد وغيرهما من أهل العلم يقولون: إنما النهي في قوله: لا يبع على بيع أخيه إنما هو: لا يشتري على شراء أخيه؛ فإنما وقع النهي عن المشتري لا على البائع، لأن العرب تقول: بعت الشيء بمعنى اشتريته، قال أبو عبيد وليس للحديث عندي وجه غير هذا لأن البائع لا يكاد يدخل على البائع وإنما المعروف أن يعطي الرجل سلعته شيئا فيجيء مشتر آخر فيزيد عليه.. قال أبو عبيد: البيع من حروف الأضداد في كلام العرب يقال: باع فلان؛ إذا اشترى وباع من غيره. وأنشد قول طرفة:

ويأتيك بالأنباء من لم تبع له   نباتا ولم تضرب له وقت موعد

أراد من لم تشتر له زادا. والبياعة: السلعة؛ والابتياع الاشتراء، وتقول: بيع الشيء على ما لم يسم فاعله إن شئت كسرت الباء وإن شئت ضممتها ومنهم من يقلب الياء واوا فيقول بوع الشيء[٢].

وهذا المعنى اللغوي للفظة بيع هو المستعمل في القرآن قال اللَّه عز وجل: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾[٣]. أي باعوه وقال اللَّه عز وجل: ﴿وَلَبِئْسَ مَا شَرَوْاْ بِهِۦٓ أَنفُسَهُمْ﴾[٤]. أي باعوها.

لكن الفقهاء خصصوا استعمال لفظ البيع في التمليك أو الإخراج من الذمة؛ ولفظ الشراء في التملك أو الإدخال في الذمة وهي لغة قريش[٥]..

---

(١) صحيح البخاري لايبيع بعضكم على بيع أخيه كتاب البيوع رقم ٢١٣٩ والطرف الآخر في الحديث في كتاب النكاح باب لايخطب على خطبة أخيه.. رقم ٥١٤٢.

(٢) لسان العرب مادة بيع ١/ ٥٥٦ ـ ٥٥٧.

(٣) يوسف رقم ٢٠.

(٤) البقرة ١٠٢.

(٥) الفقه المالكي الميسر: ١/ ٣٥٤.

* البيع اصطلاحاً

إن التعريف الاصطلاحي ينطلق من التعريف اللغوي ويتجه نحو تضييق المعنى اللغوي أو توسيعه حسبما تقتضيه القواعد الشرعية في البيوع لكل مذهب فقهي.

ولتوضيح هذا التنوع في الاصطلاح للفظة البيع، أذكر أولاً تعريفات المذاهب الأربعة المشهورة عنهم؛ ثم بعد ذلك أختار التعريف الذي أراه مناسبا لاتجاه البحث.

١ ـ تعريف الأحناف:

جاء في البدائع: معنى البيع: مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب(١).

وفي فتح القدير قال: هو مبادلة المال بالمال بالتراضي(٢).

إن تعريف فتح القدير استخدم لفظة «المال» بدل «الشيء» المذكورة في البدائع؛ وذكر المال له دلالة كبيرة في العقود، وكذلك لفظة التراضي، لأن الأصل في المعاوضات التراضي والأصل في التبرع طيب النفس.

٢ ـ تعريف الشافعية:

البيع: مقابلة المال بالمال أو نحوه تمليكا(٣).

٣ ـ تعريف الحنابلة:

قال صاحب المنتهى: البيع مبادلة عين مالية أو منفعة مباحة مطلقا بإحداهما أو بمال في الذمة للملك على التأبيد غير ربا وقرض(٤).

إن هذا التعريف طويل العبارة حيث أدخلت فيه مجموعة من الشروط، مما دفع ابن قدامة في المغني أن يعرفه بعبارة قصيرة ووافية بالمقصود: وهو البيع مبادلة المال بالمال تمليكا وتملكا(٥).

والفرق بين الشافعية والحنابلة هو «لفظة تملكا» التي أضيفت عند صاحب المغني.

٤ ـ تعريف المالكية:

عرفت المالكية البيع بتعريفين: تعريف بالمعنى الشامل؛ وتعريف بالمعنى الخاص.

---

(١) البدائع: ٩/ ٥٢٨.
(٢) فتح القدير ٦/ ٢٤٦.
(٣) المجموع ٩/ ١٤٠.
(٤) منتهى الإرادات ١/ ٣٣٨.
(٥) المغني ٤/ ٢.

التعريف بالمعنى الشامل: جاء في بلغة السالك: البيع عقد معاوضة على غير منافع؛ وقال الصاوي في شرح التعريف: ولا يكون العقد إلا بين اثنين بإيجاب وقبول[(١)].

وخرج بقيد المعاوضة: الهبة والوصية. والمعاوضة مفاعلة إذ كل من البائع والمشتري عوض صاحبه شيئا بدل المأخوذ منه.

وأما في عبارة «على غير منافع» فقد خرج النكاح والإجارة، وهذا تعريف للبيع بالمعنى الأعم أي الشامل للسلم والصرف والمراطلة وهبة الثواب[(٢)].

أما التعريف بالمعنى الخاص: فهو عقد معاوضة على غير منافع ذو مكايسة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه.[(٣)].

قال الدردير[(٤)]: فيخرج بقولنا ذو مكايسة هبة الثواب والتولية والشركة والإقالة والأخذ بالشفعة، لأن معنى المكايسة المغالبة وهذه لا مغالبة فيها. وبقولنا: أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة: الصرف والمراطلة. وبقولنا: معين غير العين فيه السلم، لأن غير العين في السلم هو المسلم، ومن شرطه كونه دينا في الذمة، والمراد بالمعين ما ليس في الذمة فيشمل الغائب المبيع بالصفة ونحوه لا الحاضر فقط حتى يرد أن البيع قد يكون على الغائب بشروطه الآتية، كما يؤخذ من الأصل. والمراد بالعين الثمن وإن لم يكن عينا.

وهناك فرق دقيق بين عقد البيع وعقد المعاوضة: جاء في الوجيز في العقود المسماة[(٥)]: يتميز البيع عن المعاوضة بما يلي: المعاوضة عقد بمقتضاه يعطي كل من المتعاقدين للآخر على سبيل الملكية شيئا منقولا أو عقاريا أو حقا معنويا في مقابل شيء أو حق آخر من نفس نوعه أو من نوع آخر.

---

(١) لأن المالكية من الفقهاء الذين عرفوا العقد بالمعنى الخاص الذي هو ما صدر من إرادتين فما فوق كما سبق ذكره في مبحث تعريف العقد وأشرت باختيار هذا الاتجاه لكونه مناسب لطبيعة البحث واتجاه القانونين في تعريف العقد.

(٢) بلغة السالك: الصاوي: ٣/ ٥.

(٣) الدردير: الشرح الصغير: ٣/ ٠٧.

(٤) أبو البركات أحمد بن الشيخ الصالح محمد العدوي الأزهري الخلوتي الشهير بالدردير، الإمام العلامة النحرير، العارف بالله، القطب الكبير، أوحد وقته في العلوم النقلية والفنون العقلية، شيخ الإسلام وبركة الأنام. أخذ عن الشيخ الصعيدي ولازمه وأحمد الصباغ...

(٥) الوجيز في العقود: الهامش رقم ١٤.و الفصل ٦١٩ من ق ل ع.

وعقد البيع:[١] عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكيته لشيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الآخر بدفعه.

إذا لا يختلف عقد البيع عن عقد المعاوضة إلا من حيث إن العوض الذي هو في عقد البيع نقود؛ وهو في عقد المعاوضة شيء أو حق غير نقود.

واختار تعريف المالكية الذين عرفوه بكونه عقد معاوضة على غير منافع، لكونه يشمل صدوره من إرادتين فما فوق؛ تبعا لمعنى العقد عند المتأخرين، والمعاوضة تشمل النقود وغيرها عندهم.

(١) المرجع السابق: الفصل ٤٧٨ من ق ل ع.

المبحث الثاني

مشروعية البيع بالقرآن والسُّنة والإجماع

البيع مما علم جوازه من دين اللَّه سبحانه وتعالى بالضرورة، وقد تضافرت الأدلة من الكتاب والسُّنة والإجماع على ذلك.

*** أما الكتاب:**

فقال اللَّه تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾[١].

وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓا۟ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[٢].

وقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[٣].

*** وأما السنة النبوية:**

فقد سئل رسول اللَّه ﷺ: أي الكسب أطيب؟ فقال «عمل الرجل بيده، وكل بيع مبرور»[٤] أي لا غش فيه ولا خيانة.

وقال ﷺ: «إنما البيع عن تراض»[٥].

وقال ﷺ: «التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء»[٦].

وباشر النبي عليه الصلاة والسلام البيع بنفسه؛ ورأى الناس يتعاطون البيع والشراء فأقرهم عليه؛ وأجمعت الأمة على مشروعية البيع لحاجة الناس إليه، والأصل فيه الإذن. قال ابن رشد الجد[٧]: البيوع تنقسم إلى ثلاثة أقسام: بيوع جائزة؛ وبيوع محظورة؛ وبيوع مكروهة.

فأما البيوع الجائزة: فهي التي لم يحظرها الشرع ولا ورد فيها نهي، وإنما قلنا

(١) البقرة ٢٧٥.

(٢) البقرة ٢٨٢.

(٣) النساء ٢٩.

(٤) أخرجه البزار وصححه الحاكم عن رفاعة بن رافع. أخرجه أحمد عن رافع بن خديج: ٤/ ١٤١.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) أخرجه الترمذي كتاب البيوع ما جاء في التجار رقم الحديث ١٢١٣.

(٧) المقدمات: ١/ ٣٧٢.

ذلك؛ لأن اللَّه تعالى أباح البيع لعباده وأذن لهم فيه إذنا مطلقا وإباحة عامة في غير ما آية من كتابه، من ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾[(١)]، وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْا۟ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُوا۟ ٱلْبَيْعَ﴾[(٢)] وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾[(٣)].

يريد التجارة للبيع والشراء؛ ولفظ البيع لفظ عام؛ لأن الاسم المفرد إذا دخل عليه الألف واللام صار من ألفاظ العموم. قال اللَّه عز وجل: ﴿وَٱلْعَصْرِ * إِنَّ ٱلْإِنسَٰنَ لَفِى خُسْرٍ * إِلَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ﴾[(٤)] فاستثنى من الإنسان جماعة المؤمنين لاقتضائه العموم، واللفظ العام إذا ورد يحمل على عمومه إلى أن يأتي ما يخصصه، فإن خص منه شيء بقي من بعد المخصوص على عمومه أيضا، فيندرج تحت قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ كل بيع إلا ما خص منه بالدليل، وقد خص منه بأدلة الشرع بيوع كثيرة، فيبقى ما عداها على أصل الإباحة، ولذلك قلنا في البيوع الجائزة؛ إنها جائزة ما لم يحظرها الشرع ولا ورد فيها النهي، قال الشافعي في شأن ذلك: فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا إلا ما نهى عنه رسول اللَّه ﷺ منها؛ وما كان في معنى ما نهى عنه رسول اللَّه ﷺ محرم بإذنه داخل في المعنى المنهي عنه؛ وما فارق ذلك أبحناه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب اللَّه تعالى»[(٥)].

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٥.
(٢) سورة الجمعة الآية ٩.
(٣) نفس السورة الآية ١٠.
(٤) سورة العصر من الآية ١ ـ ٣.
(٥) الأم: ٣/ ٢.

المبحث الثالث

أركان البيع وشروطه

* أركان البيع

أذكر أركان البيع باقتضاب لأن الغاية من البحث دراسة أثر الواقع في العقد.

إن أركان البيع عند الحنفية هي الإيجاب والقبول الدالان على التبادل أو ما يقوم مقامهما من التعاطي.

إذا ركنه بعبارة واضحة؛ الفعل الدال على الرضا بتبادل الملكين من قول أو فعل.

قال صاحب البدائع: «أما ركن البيع فهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب؛ وذلك قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل. أما القول فهو المسمى بالإيجاب والقبول في عرف الفقهاء»(١).

وهذا يدل على اهتمام الفقهاء بصيغة العقد؛ يقول الدكتور السنهوري في عناية الفقهاء بصيغة العقد: «يكثر الفقهاء من الكلام في صيغة العقد؛ فقد عُنُوا بهذه المسألة عناية كبيرة. ذلك أن الفقه الإسلامي نزعته موضوعية، وأول أثر لهذه النزعة أنه يقف عند الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة.

ولما كانت الإرادة الظاهرة هي المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة الباطنة، فقد وقف الفقهاء عند هذا المظهر الخارجي، والمظهر الذي يعتدون به في الأصل هو اللفظ أولاً قبل الكتابة وقبل الإشارة وقبل أي مظهر خارجي آخر ستخلص منه الإرادة هو الذي يعبر عن الإرادة الباطنة. فاللفظية والإرادة الظاهرة تمتزجان معا في صيغة العقد؛ ويخلص منهما أن اللفظ هو أول أداة يعول عليها في هذه الصيغة؛ وأن اللفظ يؤخذ بمعناه الظاهر؛ فإذا كان هذا المعنى واضحا فلا محل بعد ذلك للبحث عن النية أو عن الإرادة الباطنة؛ واللفظ له في صيغة العقد وحدها؛ بل أيضا في الإثبات حيث الشهادة تعلو على الكتابة؛ هو الشيء الثابت الذي يقف عنده الفقه الإسلامي ويؤثره على الكتابة وغيرها من مظاهر التعبير عن الإرادة؛ ما لم يكن في حضارة العصور الماضية ثابتا مستقرا إذ لم

(١) ٤٦٨ البدائع: ٦/٥٢٨.

تكن الكتابة منتشرة في تلك العصور، وما كان يتداول منها لا يؤمن فيه الزيغ أو الزلل»[١].

وأركان البيع عند الجمهور غير الأحناف: ثلاثة، وهي:

*** العاقد**

*** والمعقود عليه**

*** والصيغة.**

العاقد يشمل المتعاقدين؛ والمعقود عليه العوضان؛ والصيغة هي الإيجاب والقبول.

قال الصاوي[٢] وهو من علماء المالكية: أركانه التي تتوقف عليها حقيقتة ثلاثة:

هي في الحقيقة خمسة، عاقد من بائع ومشتر ومعقود عليه، من ثمن ومثمن والثالث صيغة أو ما يقوم مقامها مما يدل على الرضا. وإليه أشار بقوله: وما دل على الرضا من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما؛ بل وإن كان ما يدل عليه المعاطاة من الجانبين ولو في غير المحقرات كالثياب والرقيق[٣]..

وكان الخلاف بين الأئمة في المعاطاة. قال الدردير: معاطاة وفاقا لأحمد وخلافا للشافعي القائل لابد من القول من الجانبين مطلقا كان المبيع من المحقرات أولاً، وقوله ولو في غير المحقرات رد على الحنفية في اشتراط القول في غير المحقرات؛ ومحل إجزاء المعاطاة حيث أفادت في العرف ولا تلزم إلا بالدفع من الجانبين[٤].

وقال ابن قدامة: «ولنا أن اللّه أحل البيع ولم يبين كيفيته؛ فوجب الرجوع فيه إلى العرف كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق. و المسلمون في أسواقهم

وبياعاتهم على ذلك. وأن البيع كان موجودا بينهم؛ معلوما عندهم؛ وإنما

(١) مصادر الحق ١/ ٦٦.

(٢) أبو العباس أحمد الصاوي الخلوتي الامام الفقيه شيخ الشيوخ وعمدة أهل التحقيق والرسوخ العلامة المحقق كبير الفهامة المدقق قدوة السالكين ومربي المريدين، أخذ عن الدردير والأمير الكبير والدسوقي... ت: ١٢٤١هـ له: حاشية على تفسير الجلالين، وحاشية على شرح الدردير على أقرب المسالك. ش(شجرة النور ـ ص: ٣٦٤ ـ ط: دار الفكر).

(٣) بلغة السالك: ٣/ ٥ ـ ٦.

(٤) نفس المصدر ٣/ ٨.

علق الشرع عليه أحكاما؛ وأبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم؛ ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع استعمال الإيجاب والقبول؛ ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلا شائعا؛ ولو كان ذلك شرطا لوجب نقله ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله؛ ولأن البيع مما تعم به البلوى؛ فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه ﷺ بيانا عاما؛ولم يخف حكمه؛ لأنه يفضي إلى وقوع العقود الفاسدة كثيرا؛ وأكلهم المال الباطل؛ ولم ينقل ذلك عن النبي عليه الصلاة والسلام ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه..»[١].

قال ابن تيمية: «إنها تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل؛فكل ما عده الناس بيعا وإجارة فهو بيع وإجارة؛ وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم، مما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال؛ وليس لذلك حد مستمر في شرع ولا في لغة؛ بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تتنوع لغاتهم»[٢].

قال صاحب المجموع: أركان البيع ثلاثة: العاقدان والصيغة والمعقود عليه»[٣].

وقال أيضا: «المشهور من مذهبنا أنه لا يصح البيع إلا بالإيجاب والقبول ولا تصح المعاطاة في قليل ولا كثير.»[٤].

إن النصوص الفقهية السابقة تدل على عناية الفقهاء بالصيغة من أركان العقد لدلالتها على موضوع العقد الذي هو مادته.

ويظهر أيضا تأثير الواقع في تعامل الفقهاء مع صيغة العقد في الاستجابة للتطور الذي يقع في المجتمعات؛ وبيان ذلك في ما يلي:

جاء في تهذيب الفروق: «توسع العلماء فيه حتى جوز مالك وأبو حنيفة وابن حنبل البيع بالمعاطاة؛ وهي الأفعال دون شيء من الأقوال؛ وزادوا على ذلك حتى قالوا: كل ما عده الناس بيعا فهو بيع»[٥].

قال السنهوري: «نستخلص من نصوص الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة،

---

(١) المغني: ٤/ ٠٥.
(٢) مجموع الفتاوى: ٢٩/ ٠٧.
(٣) المجموع: ٩/ ١٤٠.
(٤) المرجع السابق: ٤/ ١٥٤.
(٥) الفرق ١٥٧ قاعدة البيع.

أن هناك ميلا واضحا إلى العدول عن مذهب اللفظية الضيق الذي التزمه الشافعي في بعض الروايات عنه؛ وإلى اعتبار التعاقد جائزا بالرسالة وبالكتابة وبالإشارة وبالتعاطي من حيث دلالة كل ذلك على التراضي؛ ومن ثم إلى اعتبار التعاقد جائزا باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي؛ وفي هذا يتلاقى الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي»[١].

قال الزيلعي[٢]: جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ.

وقال السرخسي[٣]: العقد قد ينعقد بالدلالة كما ينعقد بالتصريح.

وقال الكاساني[٤]: الشرط قد يثبت نصا أو دلالة».

أما المذهب المالكي فهو أكثر المذاهب ابتعادا عن اللفظية وأقربها إلى الأخذ بالدلالة العرفية. قال الحطاب: «واحتج المالكية بما يقدم من أن الأفعال وإن انتفت منها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية»[٥].

وأما صاحب المغني فقال: «يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا»[٦].

وهذا دليل على أثر الواقع في تطور الصيغة في عقد البيع وهي مادة العقد، وانفتاح الفقه الإسلامي على التغيير ما لم يؤدي ذلك إلى الممنوع شرعا.

*** شروط البيع:**

وشروط البيع ألخصها في ما يلي[٧]:

١ ـ التراضي.

٢ ـ أن يكون العاقد جائز التصرف.

٣ ـ أن يكون المبيع مالا ويباح نفعه مطلقا.

٤ ـ أن يكون مملوكا له أو مأذونا له في بيعه.

٥ ـ أن يكون مقدورا على تسليمه.

٦ ـ أن يكون معلوما بالرؤية أو بالصفة.

٧ ـ أن يكون الثمن معلوما

---

(١) مصادر الحق ١/ ٩٣.
(٢) تبيين الحقائق: ٤/ ٠٤.
(٣) المبسوط: ١١/ ١٥٠.
(٤) البدائع: ٥/ ٢٦١.
(٥) مواهب الجليل: ٤/ ٢٢٨.
(٦) المغني: ٤/ ٤ ـ ٥.
(٧) انظر: العرف حجيته وأثره ١/ ٣٣٢ والفقه الميسر: ١/ ٣٦٤ ـ ٣٦٧.

المبحث الرابع

الأمـــوال

لما كان تعريف البيع متعلقا بالمال، فلا بد من تحديده عند الفقهاء لضبط المفاهيم الأساسية للبحث.

قال الدكتور وهبة الزحيلي: «المال بطبيعته محل الملكية إلا إذا وجد مانع من الموانع وهو في الغالب محل المعاملات المدنية؛ كالبيع والإيجار والشركة والوصية ونحوها، وهو أيضا عنصر ضروري من ضروارات الحياة أو المعيشة التي لا غنى عنها للإنسان»[١].

المطلب الأول: مفهوم المال لغة واصطلاحاً

إن نصوص أئمة اللغة تدور حول أن المال ما ملك من جميع الأشياء.

قال أبو عمر: المعروف من كلام العرب أن كل ما تمول وتملك فهو مال ألا ترى إلى قول أبي قتادة السلمى: فابتعت يعني بسلب القتيل الذي قتلته يوم حنين مخرفا[٢] في بني سلمة فإنه لأول مال تأثلته في الإسلام، وقال اللَّه عز وجل: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾[٣] وأجمعوا أن العين مما تؤخذ منه الصدقة؛ وأن الثياب والمتاع لا يؤخذ منها الصدقة إلا في قول من رأى زكاة العروض للتاجر المد ير، نض له في عامه شيء من العين أو لم ينض، وقال ﷺ: يقول ابن آدم مالي مالي وإنما له من ماله ما أكل فأفنى أو تصدق فأمضى أو لبس فأبلى. وهذا أبين من أن يحتاج فيه إلى استشهاد. فمن حلف بصدقة ماله فذلك على كل نوع من ماله سواء كان مما تجب فيه الزكاة أو لم يكن؛ إلا أن ينوي شيئا بعينه؛ فيكون على ما نوى وله معنى؛ لقول من قال: إن ذلك على أموال الزكوات لأن العلم محيط واللسان شاهد في أن ما تملك وتمول يسمى مالا»[٤].

المستفاد مما سبق أن المال لا حد له في اللغة يرجع إليه بل يرجع في ذلك

---

(١) الفقه الإسلامي و أدلته: ٤/ ٤٠.

(٢) المخرف بفتح الميم والراء ويجوز كسر الراء: البستان؛ سمي به لأنه يخترف فيه التمر أي يجتني.

(٣) التوبة ١٠٣.

(٤) التمهيد ٢/ ٥ ـ ٦، وانظر أيضا جامع القرطبي سورة التوبة: الآية ١٠٣.ج٤/ ص ١٥٦.

إلى كل ما عده الناس مالا كما جاء في المصباح[١] قول الفقهاء ما يعد ماله في العرض.

*** المال في اصطلاح الفقهاء:**

الحنفية: كل ما يمكن حيازته وإحرازه وينتفع به عادة يعتبر مالا.

*** ضوابط المال عند الأحناف عنصران:**

١ ـ الحيازة والإحراز.

٢ ـ إمكان الانتفاع به عادة. فكل ما لم يمكن الانتفاع به كلحم الميتة لا يعتبر مالا.

جاء في المادة ١٢٦ من المجلة العدلية: «المال هو ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة منقولا كان أو غير منقول».

قال الزحيلي: إن هذا التعريف منتقد لأنه ناقص غير شامل، فالخضروات والفواكه تعتبر مالا وإن لم تدخر لتسرع الفساد إليها[٢].

تعريف الجمهور غيرالأحناف: المال هو كل ماله قيمة يلزم متلفه بضمانة[٣].

تعريف المال عند الجمهور يشمل الأشياء والحقوق والمنافع وهو المعنى الذي يقصده القانونيون بقولهم: المال كل ذي قيمة مالية.

المطلب الثاني: أثر الواقع في مفهوم المال عند الفقهاء

لما كان المال كل ما له قيمة مالية في عرف الناس، يؤثر الواقع في ضبط هذا المفهوم في كل عصر، ولتوضيح ذلك أقسم المال إلى: متقوم وغير متقوم.

المال المتقوم كل ما كان محرزا بالفعل وأباح الشارع الانتفاع به كأنواع العقارات والمنقولات والمطعومات، وهذا يعتبر مالا تصح العقود المبرمة عليه بشرط الإحراز والإباحة.

المال غير المتقوم هو المال الذي لم يحرز ولا يباح الانتفاع به شرعا إلا في حالة الضرورة، كالخمر والميتة والطير في الهواء؛ وهذا القسم لا يجوز أن يكون محلا للعقود الشرعية.

قال أبو زهرة: «إن المال غير المتقوم مال في عرف مستحليه؛ ولكنه غير مال

(١) المصباح: الفيومي: ٥٨٦.

(٢) الفقه الإسلامي و أدلته: ٤/ ٤٠ ـ ٤١.

(٣) المرجع السابق.

في نظر الشرع، لأنه سلب احترام المال وسلب القيمة التي يسير بها في الأسواق والانتفاع الذي هو الثمرة الأولى من ثمرات المالية»[١].

يستفاد من هذا أن المالية تلازم التقوم، وأن التقوم أخص من التمول، لأن التقوم يستلزم إباحة الانتفاع بالشيء شرعا فضلا عن كونه متمولا.

إذا: إن ثبوت المالية للأشياء وانتفاءها عنها منوط بتعارف الناس تمولها والانتفاع بها انتفاعا معتدا به عندهم؛ وأن كل مالا ينتفع به فليس بمال، أما ما ينتفع به ولو مالا ويجري فيه البذل والمنع؛ فإنه يكون مالا ويصح الاعتياض عنه متى دخل تحت اعتبار الشرع وأباح الانتفاع به.

إن هذا الضابط للمالية جعل بعد الإباحة الانتفاع العرفي وتمول الناس؛ وهذا يوسع دائرة تمول الأشياء وإن لم تكن تتمول من قبل.

---

(١) الملكية و نظرية العقد: ٥٣.

المبحث الخامس

حكم مالية الأشياء المستحدثة وعلاقتها بتطور الواقع

لما كانت المالية تتغير حسب تعارف الناس كما هو في تعريف الجمهور للمال، الذي هو كل ماله قيمة مالية، أذكر بعض الأشياء المستحدثة التي يشملها الحكم بالجواز بسبب التغيير الواقعي وإن كانت في الزمن السابق لا قيمة لها ولا يجوز بيعها ولا شراؤها. وهي كالآتي:

* الهواء المضغوط المعبأ في زجاجة يعتبر ما لا في زمننا هذا ويصح بيعه.
* مالية حشرات المختبرات وفئران التجارب والجراثيم التي يتم تحويلها في معامل الأدوية.
* مالية بعض أنواع السموم التي تدخل في تركيب بعض الأدوية.
* تمول الماء الذي كان من قبل عند الفقهاء لا يدخل في المال وأجازوا فيه الربا ولا تقطع يد سارقه لأنه لا يمول وفي زمننا هذا يدخل في المال لأنه يحرز في القوارير الصحية والخزانات الكبرى ويجوز بيعه وشراؤه.
* تمول الغاز للإيقاد وغيره.
* تمول التراب والرمال حال إحرازها وحيازتها.
* تمول الأشياء المعنوية كالاسم التجاري والعلامة التجارية وحقوق التأليف والابتكار.

قرار المجمع الفقهي في الموضوع:

* الاسم التجاري والعنوان التجاري والعلامة التجارية والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها؛ وهذه الحقوق يعتد بها شرعا فلا يجوز الاعتداء عليها.
* يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقا ماليا.

* حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعا ولأصحابها حق التصرف فيها ولا يجوز الاعتداء عليها[١].

وهذا دليل واضح في تأثير الواقع على مفهوم المالية في الفقه.

(١) قرار رقم ٥ الدورة الخامسة بالكويت ١ ـ ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩. انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الخامسة العدد الخامس ص ٢٥٨١.

المبحث السادس

حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة

بناء على ما سبق من التطور في المذاهب الفقهية في صيغة العقد؛ وبناءا على التطور الكبير الذي حصل في وسائل الاتصال الحديثة من إبرام العقود وسرعة الإنجاز في المعاملات المالية، فإن مجمع الفقه الإسلامي قرر ما يلي(١):

١ ـ إذا ثم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الآخر معاينة ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة؛ وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشة الحاسوب (الكومبيوتر)، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

٢ ـ إذا ثم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقدا بين حاضرين وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة.

٣ ـ إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجابا محدد المدة يكون ملزما بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة وليس له الرجوع عنه.

٤ ـ إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه ولا الصرف لاشتراط التقابض ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

٥ ـ ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات.

وبهذا يتبين أن الفقه الإسلامي يتفاعل مع الواقع ولا يعاكسه؛ وأن له من القدرة العلمية الرصينة المنطلقة من قواعده وأصوله وكلياته ومقاصد الشريعة الإسلامية؛ أن يقدم الأجوبة الرصينة ويدفع الغلو والشطط، ويحقق للمكلفين المصالح ويكملها لهم، ويجنبهم الوقوع في المفاسد ويدفعها عنهم، ولا يوجد لدى الفقه الإسلامي معارضة للعلم أو العرف ما دام لا يناقض أصلا من أصوله، أو قطعيا من قطعياته؛ أو ثابتا من ثوابته.

---

(١) قرار رقم ٥٤/ ٦٣ دورة مؤتمر المجمع السادس بتاريخ ١٧ ـ ٣٠ شعبان ١٤١٠. انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، العدد ٠٦؛ الجزء الثاني؛ ص ١٢٦٧ ـ ١٢٦٨. سنة ١٤١٠ ـ ١٩٩٠.

الفصل الثاني

تحديد منطقة الربا في الأموال

المبحث الأول: الربا في اللغة والاصطلاح. .

المبحث الثاني: أنواع الربا

المبحث الثالث: حكم الربا.

المبحث الرابع: أثر الواقع في تطور مفهوم الربا في اليهودية والمسيحية والإسلام

ـ تأثيرات العوامل الاقتصادية في تضييق منطقة الربا في المسيحية

المبحث الخامس: الفرق بين الربا والفائدة في المفهوم الإسلامي.

المبحث السادس: الأموال التي تجرى فيها الربا وأثر الواقع في تطورها

المطلب الأول: الأموال التي يجري فيها الربا.

المطلب الثاني: اختلاف الفقهاء في تحديد منطقة الربا في الأموال الربوية

المطلب الثالث: فائدة تعيين الأموال الربوية.

إن الأصول العامة التي يتشدد فيها الفقه الإسلامي في العقود المالية وتجعله يتوقف من العقود المستحدثة والمستوردة من الغرب ثلاثة هي[١] :

*** الربا**

*** الغرر**

*** تعدد الصفقة في العقد الواحد.**

وقد سبق أن بينت أحكام الغرر ومنطقة تطوره في الفصل المخصص للأصول في المعقود عليه، وبينت كذلك تطور المذاهب الفقهية في تعدد الصفقة في العقد الواحد في الأصول المتعلقة بتحديد الثمن في العقود خاصة عند نهي النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة، أو في فصل العقود والشروط.

وخصصت هذا المبحث لتحديد منطقة الربا وأثر الواقع في تطور مفهومه في الأموال، لأن كثيرا من العقود تمنع فقهياً بسبب الربا أو شبهة الربا. واختلف الفقهاء في تحديد منطقته وما ليس في حكمه، لأن حكم الربا ثابت بأدلة قطعية من الكتاب والسُّنة والإجماع.

من أجل استكمال الأصول الحاكمة على تطور العقود المالية التي يتشدد فيها الفقه الإسلامي على اختلاف في مذاهبه، أقسم هذا الفصل إلى المباحث الستة التالية:

المبحث الأول: الربا في اللغة والاصطلاح

المبحث الثاني: أنواع الربا

المبحث الثالث: حكم الربا

المبحث الرابع: أثر الواقع في تطور مفهوم الربا في اليهودية والمسيحية والإسلام

المبحث الخامس: الفرق بين الربا والفائدة في المفهوم الإسلامي

المبحث السادس: الأموال التي يجري فيها الربا وأثر الواقع في تطورها

---

(١) تعتبر هذه الأصول الثلاثة علة قبول العقود أو رفضها في تعليلات الفقهاء.

المبحث الأول

الربا في اللغة والاصطلاح

جاء في اللسان[١]: ربا الشيء يربو ربوا ورباء، زاد ونما وأربيته نميته وفي التنزيل العزيز «ويربى الصدقات»، ومنه أخذ الربا الحرام قال اللَّه تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَاْ فِىٓ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ فَلَا يَرْبُواْ عِندَ ٱللَّهِ﴾، قال أبو اسحاق: يعني به دفع الإنسان الشيء ليعوض ما هو أكثر منه.

جاء في المجموع[٢]: «الربا مقصور وهو من ربا يربو فيكتب بالألف؛ وتثنيته ربوان؛ واختار الكوفيون كتبه وتثنيته بالياء بسبب الكسرة في أوله؛ وغلطهم أهل الحجاز لما تعلموا الخط من أهل الحيرة ولغتهم الربوا فعلموهم صورة الخط على لغتهم، قال: وكذلك قرأها أبوسماك العدوي بالوار وقرأ حمزة والكساني بالإمالة بسبب كسرة الراء؛ وقرأ الباقون بالتفخيم لفتحة الباء، قال وأنت بالخيار في كتبه بالألف والواو والياء. الرماء بالميم والمد والربية بالضم والتخفيف لغة في الربا وأصله الزيادة؛ وأربى الرجل وأرمى عامل بالربا.

وفي الشرع الزيادة في أشياء مخصوصة[٣].

إن منطقة الربا محددة في الفقه الإسلامي في الأموال الربوية في البيوع والقرض فيما يتعلق بالذمة، لذلك قيدت الزيادة في أشياء مخصوصة كما سيأتي إن شاء اللَّه.

---

(١) لسان العرب مادة ربا: ٥/ ١٨٦.

(٢) المجموع: النووي: ٩/ ٣٧٤. وانظر أيضا جامع القرطبي ٣/ ٢٢٩ أية الربا من سورة البقرة.

(٣) المغني: ٤/ ١٢٢.و انظر أيضا مدونة الفقه المالكي و أدلته: ٣/ ٣٥١.

المبحث الثاني

أنـــواع الربـــا

الربا في الشرع نوعان: ربا الفضل وربا النسيئة.

قال ابن رشد الحفيد في ذلك «واتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين: في البيع، وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك.

فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان:

الأول: صنف متفق عليه؛ وهو ربا الجاهلية الذي نهي عنه، وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون فكانوا يقولون: «أنظرني أزدك» وهذا هو الذي عناه عليه الصلاة السلام بقوله في حجة الوداع: «ألا وإن ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب»(١).

والثاني: ضع وتعجل؛ وهو مختلف فيه.

وأما الربا في البيع: فإن العلماء أجمعوا على أنه صنفان: نسيئة وتفاضل، إلا ما روى عن ابن عباس من إنكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ربا إلا في النسيئة»(٢) وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن الربا في هذين النوعين لثبوت ذلك عنه ﷺ»(٣).

والذي أريد التركيز عليه في هذا البحث؛ هو ربا البيوع الذي هو موضوع الدراسة وهو مقسم إلى: ربا الفضل وربا النسيئة.

أما ربا الفضل فهو زيادة عين مال شرطت في عقد البيع على المعيار الشرعي وهو الكيل أو الوزن في الجنس عندنا، وعند الشافعي هو زيادة مطلقة في المطعوم خاصة عند اتحاد الجنس خاصة.

وأما ربا النسأ: فهو فضل الحلول على الأجل وفضل العين على الدين في

(١) صحيح مسلم كتاب الحج باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم الرقم ١٢١١٨.
انظر تفاصيل الربا في كتاب الجامع في أصول الربا للدكتور رفق يونس المصري من ص ٩ إلى ٢٢.

(٢) أخرجه البخاري،كتاب البيوع: باب بيع الدينار بالدينار حديث رقم «٢١٧٨» ومسلم كتاب المساقاة: باب بيع الطعام مثلا بمثل حديث ١٠١ ـ ١٠٢.

(٣) بداية المجتهد: ٤/ ٤٩٦ ـ ٤٩٧.

المكيلين أو الموزونين عند اختلاف الجنس، أو في غير الموزنين عند اتحاد الجنس عند الأحناف؛ وعند الشافعي رحمه اللّه هو فضل الحلول على الأجل في المطعومات والأثمان خاصة[١].

ملاحظة: إن الأحناف يعتبرون البيوع الفاسدة من الربا لأن الشروط الفاسدة من باب الربا، وحقيقة الشروط الفاسدة زيادة بلا عوض يقتضيه العقد[٢].

(١) البدائع ٧/ ٥٤ ـ ٥٥.
(٢) حاشية ابن عابدين ٧/ ٣٠٢.

المبحث الثالث

حكم الربا

الربا حرام بالكتاب والسُّنة والإجماع.

والأصل فيه بالنسبة للكتاب قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[١] وقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ﴾[٢]؛ وقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ أَضْعَٰفًا مُّضَٰعَفَةً﴾[٣] وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ۝ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾[٤].

أما السنة: قول الرسول عليه الصلاة والسلام «اجتنبوا السبع الموبقات.

قالوا: يا رسول اللَّه ﷺ وما هن؟ قال: الشرك باللَّه والسحر وقتل النفس التي حرم اللَّه إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المومنات الغافلات»[٥].

وفي الصحيح من حديث الرؤيا، وأما الرجل الذي أتيت عليه يسبح في النهر من دم ويلقم الحجر فإنه آكل الربا[٦].

وفي الصحيح أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب وثمن الدم ونهى عن الواشمة والموشومة وآكل الربا وموكله ولعن المصور»[٧].

وقال ابن بطال سوى النبي ﷺ بين آكل الربا وموكله في النهي تعظيما لإثمه..

وأما رواية ابن عباس عن أسامة أن النبي ﷺ قال: «لا ربا إلا في النسيئة». فقد أجمع المسلمون على ترك العمل بظاهره، إما لأنه منسوخ وإما لأنه محمول على استبدال صنف ربوي بآخر يختلف عنه كالذهب بالفضة والبر بالتمر فإنه يجوز التفاضل بينها ويحرم التأخير وهو النسيئة[٨].

---

(١) البقرة ٢٧٥.
(٢) البقرة ٢٧٥.
(٣) آل عمران ١٣٠.
(٤) البقرة ٢٧٨.
(٥) البخاري مع الفتح: ٦/ ٥٠ كتاب الوصايا باب قول الله تعالى أن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما، إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا.
(٦) البخاري كتاب البيوع باب أكل الربا وشاهده وكاتبه ٢٠٨٥ انظر ابن بطال ٦/ ١٨٨.
(٧) كتاب البيوع باب موكل الربا رقم ٢٠٨٦.
انظر شرح ابن بطال ٦/ ١٨٩.
(٨) انظر شرح النووي على مسلم: ١١/ ٢٥.

قال صاحب المغني: «وقد كان في ربا الفضل اختلاف بين الصحابة، فحكي عن ابن عباس وأسامة بن زيد وزيد بن أرقم وابن الزبير أنهم قالوا: إنما الربا في النسيئة لقوله عليه الصلاة والسلام «لا ربا إلا في النسيئة»، والمشهور من ذلك قول ابن عباس في أنه رجع إلى قول الجماعة وروى ذلك الأثرم بإسناده وقاله الترمذي وابن المنذر وغيرهم وقال سعيد بإسناده عن أبي صلاح قال صحبت ابن عباس حتى مات فواللّه ما رجع عن الصرف.. والصحيح قول الجمهور؛ لحديث أبي سعيد الخدري أن رسول اللّه ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا غائبا بناجز»[١].

وحكم بيع الربا الفسخ لا يعتد به علم صاحبه ذلك أو جهله لعدم العذر فيه بالجهل.

وأجمعت الأمة على أن الربا محرم في الإسلام.

(١) المغني ٤/ ١٢٣.

المبحث الرابع

أثر الواقع في تطور مفهوم الربا في اليهودية والمسيحية والإسلام

إن الشرائع السماوية اليهودية فالمسيحية فالإسلام أجمعت على تحريم الربا وكذلك القوانين الوضعية السابقة، لاشتماله على الظلم الاقتصادي المحقق والمعين؛ باستغلال الطبقة الفقيرة في المجتمع وإلحاق الضرر بالتوازن الاقتصادي المبني على التقارب بين الفئات؛ لأن ذلك التوازن يشجع على العمل والمنافسة الشريفة.

يقول الدكتور السنهوري في تطور مفهوم الربا عبر العصور: «الربا معروف منذ قديم العصور، كان معروفا عند قدماء المصريين؛ يدل على ذلك القانون الذي وضعه «بوخوريس» من ملوك الأسرة الرابعة والعشرين يحرم تجاوز مجموع الفوائد رأس المال. ويشاء القدر أن ترجع مصر إلى هذه القاعدة بعد نحو من ثلاثة آلاف من الأعوام فتنص المادة ٢٣٢ من التقنين المدني المصري على أنه لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال «وكان الربا معروفا في القوانين البابلية والأشورية وعند الإغريق والرومان»[١].

والشرائع السماوية التي أنزلها اللَّه عز وجل على رسله حرمت الربا تحريما قطعيا. واللَّه سبحانه وتعالى يقول في شأن اليهود: «وأخذهم الربا وقد نهوا عنه»[٢]. مما يبين أنهم لم يلتزموا أحكام التوراة، فأولوا حكم اللَّه في تحريم الربا بقصره على اليهود فقط؛ وأما غير اليهودي فلم يكن محرما قرضه بالربا أو التعامل معه بالربا.

وفي المسيحية جاء تحريم الربا والنهي عنه في الإنجيل، «إذا أقرضتم لمن تنتظرون منهم المكافأة، فأي فضل يعرف لكم! . . ولكن. . افعلوا الخيرات وأقرضوا غير منتظرين عائدتها. وإذن يكون ثوابكم جزيلا»[٣].

ويقول سان توما: «أن تقاضي الفوائد عن النقود أمر غير عادل، فإن هذا معناه

(١) مصادر الحق ٣/ ١٣٧.

(٢) سورة النساء ١٦١.

(٣) ٤٣ ـ ٣٥ الفصل السادس من إنجيل لوقا.

استيفاء دين لا وجود له.. ذلك أن الشيء الذي لا ينتفع به إلا باستهلاكه تختلط فيه منفعة الشيء بالشيء ذاته. فمن يقرض هذا الشيء لا يجوز له في الوقت الذي يطالب به بأجر على منفعته؛ فإنه هو ومنفعته شيء واحد؛ وليس من العدل أن يطالب المقرض بالشيء مرتين»(١).

تأثيرات العوامل الاقتصادية في تضييق منطقة الربا في المسيحية

لما بدأت العوامل الاقتصادية تتطور بدأ تضييق منطقة الربا باسم الفوائد من أوربا لهذا؛ واستجابت الكنيسة مرغمة لهذا التطور؛ وإن كان الأمر يتعارض عندهم مع تعاليم المسيح عليه السلام. ويتجلى هذا التطور في ما يلي:

١ ـ يجوز للمقرض أن يتقاضى من المقترض تعويضا عن خسارة أصابته بسبب القرض. وأجيز لجمعيات القرض الحسن أن تتقاضى فوائد يسيرة على المال الذي تقرضه تعويضا عما تتجشمه من المصروفات في دفع أجور العمال، وفي إدارة العمل.

٢ ـ يجوز للمقرض أن يتقاضى من المقترض تعويضا عما فاته من ربح بسبب القرض؛ ويشترط أن يتفق المقرض مع المقترض على ذلك مقدما، وأن لا يجاوز التعويض مقدار صافي الربح الذي كان المقترض يجنيه لو استبقى ماله بعد خصم ما كان يتكبده من المصروفات للحصول على هذا الربح.

٣ ـ ويجوز للمقرض أن يتقاضى من المقترض ربحا يسيرا لتأمين خطر الضياع الذي يتعرض له المال.

٤ ـ ويجوز للمقرض أخيرا أن يتقاضى من المقترض فائدة حقيقية عن رأس المال إذا كانت القوانين المدنية أو العادات تجيز ذلك. فتكون الفائدة مرتكزة على سند شرعي.

وهكذا عن طريق الإسناد والحيل ضاقت منطقة الربا في أوربا شيئا فشيئا حتى أتت الثورة الفرنسية فأباحت تقاضي الفوائد؛ واستندت الإباحة إلى تقنين نابليون في سنة ١٨٠٤ وهو التقنين المدني الفرنسي المعمول به حتى العصر الحاضر.

ثم صدر في فرنسا قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٨ يحدد السعر القانوني للفائدة في٥ ٪ في المسائل المدنية و٦ ٪ في المسائل التجارية. وألغى قانون ١٢ يناير سنة

(١) نقلا عن مصادر الحق: ٣/ ١٣٧.

١٨٨٦ حد السعر القانوني للمسائل التجارية وأوقف قانون ١٦ أبريل ١٩١٨ حد السعر القانوني للمسائل المدنية.

إذا أصبح سعر الفائدة حرا خاليا من القيود التشريعية.

ثم جاء قانون ٥ أغسطس سنة ١٩٣٥ يجعل من يقرض بسعر أعلى بقدر النصف من السعر المعتاد لظروف هذا القرض مرتكبا لجريمة الربا الفاحش.

ولكن التقنين الجنائي الإيطالي وبخاصة المادة ٦٤٤ يعاقب على الربا الفاحش؛ وهو ما جاوز الحدود المعقولة للفائدة بشرط أن يستغل المرابي حاجة المقترض إلى المال[(١)].

وهكذا يبدو لنا كيف أثر الواقع في تطور مفهوم الربا في كل من اليهودية التي حصرت الربا في التعامل مع اليهود؛ وأما غير اليهود فلا يدخل في الربا. والمسيحية في أوروبا التي تطور فيها مفهوم الربا ـ كما رأينا ـ إلى التحايل عليه بالإباحة تحت اسم الفوائد.

إذا هناك فرق بين الربا والفائدة عند الاقتصاديين؛ يقول الدكتور الزحيلي في هذا الفرق عندهم:

١ ـ المرابي يحدد المبلغ الذي سيحصل عليه؛ بينما الفائدة تحددها الدولة أو المصرف المركزي مع الأجهزة الحكومية.

٢ ـ الربا يكون أضعافا مضاعفة بينما الفائدة نسبة مئوية لا تتجاوز ١٠ ÷ من قيمة القرض.

٣ ـ يسدد دين الربا دفعة واحدة عند حلول الأجل بينما يسدد دين الفائدة أو دين المصرف على أقساط شهرية أو سنوية حسب طبيعة كل قرض.

٤ ـ لا يحدد المرابي شكل انفاق القرض بينما يحدد المصرف مجال الإنفاق كالزراعة أو الصناعة أو التجارة[(٢)].

أما في الشريعة الإسلامية فالربا والحيل الموصلة إليه من المحرمات القطعية؛ ضدا على حق اللَّه تعالى وحق العباد. فلم تتأخر الآيات القرآنية القاطعة في حسم هذا الموضوع الاقتصادي المتعلق بالأموال التي هي ضرورة من الضروريات الخمس المعلومة؛ وكذلك سارت الأحاديث النبوية في المنهج القرآني نفسه. وإن كانت

---

(١) انظر تفاصيل هذا التطور قانونيا في: مصادر الحق للدكتور السنهوري: ٣/ ١٣٧ الخ.

(٢) المعاملات المالية المعاصرة ص ٢٤٢ أنظر: الاقتصاد الإسلامي: د. علي كنعان ص٣٣٥.

هناك محاولات للتحايل على التحريم اقتداء بمن سبق من أهل الكتاب، يقول ابن القيم في إعلام الموقعين:

«وإذا كان أرباب الحيل يجوزون بيع عشرة بخمسة عشر في خرقة تساوي فلسا، ويقولون الخمسة في مقابلة الخرقة والذي يقضي منه العجب مبالغتهم في ربا الفضل أعظم مبالغة وجاؤوا لربا النسيئة؛ ففتحوا للتحيل عليه كل باب: فتارة بالعينة؛ وتارة بالمحلل؛ وتارة بالشرط المتقدم المتواطأ عليه، ثم يطلقون العقد من غير اشتراط. وقد علم اللَّه والكرام الكاتبون والمتعاقدون أنه عقد ربا مقصوده وروحه...»[١].

(١) اعلام الوقعيين: ابن القيم: ٢/ ٧٠٧.

المبحث الخامس

الفرق بين الربا والفائدة في المفهوم الإسلامي

لقد سبق أن بينت حكم الإسلام في الربا؛ بأنه حرام وأجمعت الأمة قاطبة على تحريمه عبر العصور؛ ومن أراد تجويزه بالحيل أو بالضغوط الواقعية تعرض له العلماء الخلص بالرد والتفنيد؛ ومن بين الحيل على الربا تسميته بالفائدة.

إن الإسلام لا يفرق بين الفائدة والربا، كلاهما حرام كما كان ذلك في الكتب السماوية والقوانين القديمة كما ذكر الدكتور السنهوري الخبير في القانون والفقه.

والإسلام لم يحرم الفائدة أو الربا على إطلاقه؛ وإنما حرم ربا الفضل وربا النسيئة؛ كما سأبين في منطقة الربا في الفقه الإسلامي.

والفوائد البنكية أسوأ من ربا الجاهلية الذي حرمه القرآن تحريما قطعيا. ويمكن ملاحظة ذلك فيما يلي:

- أهل الجاهلية يقرضون نقودا فعلية وهي الدنانير الذهبية والدراهم الفضية، أما البنوك فهي إما أن تأخذ فوائد على ما لديها من ودائع وإما على نقود وهمية.
- الفائدة في الجاهلية تتجدد بالتراضي؛ أما المقترض من البنوك فتفرض عليه الشروط فرضا ولا يملك تغييرها.
- أهل الجاهلية يحسبون الفوائد في نهاية المدة أو على أقساط شهرية؛ أما البنوك فإنها تحسب الفائدة وتخصمها من البداية قبل أن يأخذ المقترض القرض وينتفع به.
- القروض في الجاهلية تستخدم في الاستثمار الفعلي والتصدير والاستيراد، أما البنوك الربوية فهي مجرد وسيط بين المقرض والمقترض، ولا تستثمر ولا تشارك في تنمية فعلية؛ بل إن قوانين البنوك الربوية لا تسمح لها بالاستثمار خلافا لما يتوهم بعض الناس أو المفتين جهلا وبعدا عن الحقائق. وتنظر هذه البنوك في الإقراض للضمانات فقط ولا يهمها النفع أو الضر.

بناء على ما سبق فإن الإسلام يحرم الربا قطعيا كما حرمته الشرائع السماوية

السابقة؛ سواء كان قليلا أو كثيرا؛كان من فرد أو جمعية أو مؤسسة خيرية أو دولة أو أي جهة من الجهات.

لكن منطقة الربا محددة في الفقه الإسلامي في بيع النقود والمطعومات وما يدخر في الرأي الوسطي في الفقه الإسلامي.

ويجري الربا في القروض. وكل قرض جر نفعا بشرط مسبق أو باتفاق فهو من الربا بالإجماع.

المبحث السادس

الأموال التي يجري فيها الربا وأثر الواقع في تطورها

المطلب الأول: الأموال التي يجري فيها الربا

لم يحدد القرآن الكريم الأموال الربوية؛ وإنما ورد تعيينها في السنة النبوية، جاء في حديث عبادة الذي قال فيه «سمعت رسول اللَّه ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى.[١]..

هذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الأعيان.

وحديث منع النساء: حديث عمر بن الخطاب رضي اللَّه عنه قال: قال رسول اللَّه ﷺ: الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء؛ والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء؛ والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء؛ والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء»[٢].

المطلب الثاني: اختلاف الفقهاء في تحديد منطقة الربا في الأموال الربوية

تقتصر الظاهرية على هذه الأموال الستة المذكورة في الحديث؛ والتي هي: الذهب والفضة والحنطة والشعير والتمر والملح.

وجمهور الفقهاء يمددون هذه المنطقة إلى معنى هذه الأموال الذي يتعدى به الحكم.

واختلفوا في المعنى الذي يتعدى به إلى سائر الأموال.

ـ الحنفية والحنابلة: ضابط معرفة الأموال الربوية هوالقدر والجنسية.

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة: باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا حديث ١٥٨٧، وأبو داوود في كتاب البيوع: باب في الصرف حديث ٣٣٤٩، والترمذي في كتاب البيوع: باب ما جاء في الحنطة بالحنطة مثلا بمثل حديث ١٢٤٠.

(٢) أخرجه مالك: كتاب البيوع: باب ما جاء في الصرف حديث، والبخاري: كتاب البيوع: باب بيع الشعير بالشعير حديث ٨١٧٤، ومسلم: كتاب المساقاة: باب الصرف حديث ١٥٨٦.

ـ وعند الشافعية: الطعم والثمنية.

ـ وعند المالكية الثمنية والاقتيات والادخار.

ذهبت الحنفية في بيان معنى الأموال الربوية في الحديث الشريف إلى أنها لا تعرف ماليتها إلا بالكيل أو الوزن؛ فصارت صفة الكيل أو الوزن ثابتة بمقتضى النص؛ وما ثبت بمقتضى النص فهو كالمنصوص. وأن الحكم من الأموال الربوية هو وجوب المماثلة لإمكان المخلص، فالمحل الذي لا يقبل المماثلة لا يتصور فيه المخلص كالحفنة والتفاحة والرمان والسفرجل لا يكون ماله الربا أصلا. ويتبين من ذلك أن من المطعومات ما لا يكون مالا ربويا، كما أن من الأموال الربوية ما لا يكون مطعوما، قال الزيلعي: «والقاطع للشغب أنه ﷺ شرط التماثل بقوله: مثلا بمثل. والتماثل يكون بالوزن أو الكيل لا غير، فعلم بذلك أن ما لا يكال ولا يوزن لا يكون من الأموال الربوية، وأن الأموال الربوية هي التي تكون من ذوات الأمثال، وما لا يكون من ذوات الأمثال ليس من الأموال الربوية إذ الحكم لا يثبت بدون محله، ولهذا قالوا لا يجري الربا فيما لا يدخل تحت المعيار؛ كالحفنة من الحنطة والشعير وكالذرة من الذهب والفضة»[١].

وإذا كانت العلة هي الثمنية والطعم ظهر السر في أن الشارع ذكر هذه الأشياء الستة، فهو قد ذكر جميع الأثمان: وهي الذهب والفضة. ولما كان ينسق ذكر جميع المطعومات فقد نص من كل نوع على أعلاه؛ فذكر الحنطة وهي أنفس مطعومات ابن آدم، والشعير وهو أنفس علف الحيوان، والتمر وهو أنفس الفواكه، والملح وهو أنفس التوابل. أما إذا جعلت العلة القدر كما تقول الحنفية؛ تمحض ذكر الأشياء المذكورة تكرارا، لأن صفة القدر لا تختلف في شيء منها؛ فكلها أشياء مكيلة. وحمل كلام الشارع على ما يفيد أولى.

والراجح هو ما ذهب إليه الشافعية من الثمنية والطعم لاعتبار هذه العلة ففيها اعتبار اجتماعي واقتصادي وهذا هو المعنى البارز في النص[٢]. .

وأثر الواقع في تحديد منطقة الربا يتجلى في الموقف الذي وقفه ابن رشد الحفيد وابن القيم ضد الموسعين في منطقة الربا في الأموال بتمييزهما بين ربا النسيئة وربا الفضل في الرتبة في الحكم.

---

(١) تبين الحقائق ٤/ ٨٧ ومصادر الحق ٣/ ١٢٩.

(٢) انظر بحث الدكتور رفيق يونس المصري: البيع بالتقسيط. في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة ٦ ع٦ ج١/ ص ٣١٣ ـ ١٤١٠/ ١٩٩٠م.
وانظر أيضا كتاب الجامع في أصول الربا من ص ١٠٣.

إن حكم ربا النسيئة التحريم لذاته؛ وحكم ربا الفضل التحريم لغيره؛ لأنه ذريعة إلى ربا النسيئة.

يقول ابن القيم: «الربا نوعان: جلي وخفي، فالجلي حرم لما فيه من الضرر العظيم؛ والخفي حرم لأنه ذريعة إلى الجلي، فتحريم الأول قصدا؛ وتحريم الثاني وسيلة، فأما الجلي فربا النسيئة؛ وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية؛ مثل أن يؤخر دينه ويزيده في المال؛ وكلما أخره زاده في المال حتى تصير المائة عنده آلافا مؤلفة، فإذا رأى أن المستحق يؤخر مطالبته ويصبر عليه بزيادة يبذلها له، تكلف بذلها ليفتدي من أسر المطالبة والحبس، ويدافع من وقت إلى وقت؛ فيشتد ضرره وتعظم مصيبته ويعلوه الدين حتى يستغرق جميع موجوده؛ فيربو المال على المحتاج من غير نفع يحصل له؛ ويزيد مال المرابي من غير نفع يحصل منه لأخيه، فيأكل مال أخيه بالباطل ويحصل أخوه على غاية الضرر، فمن رحمة أرحم الراحمين وحكمته وإحسانه إلى خلقه أن حرم الربا ولعن آكله ومؤكله وكاتبه وشاهديه؛ وأذن من لم يدعه بحربه وحرب رسوله، ولم يجيء هذا الوعيد في كبيرة غيره، ولهذا كان من أكبر الكبائر..

أما ربا الفضل فتحريمه من باب سد الذرائع، كما صرح به في حديث أبي سعيد الخدري رضي اللَّه عنه عن النبي ﷺ لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فإني أخاف عليكم الرما. والرما هو الربا. فمنعه من ربا الفضل لما يخافه عليهم من ربا النسيئة، وذلك أنهم إذا باعوا درهما بدرهمين؛ ولا يفعل هذا إلا للتفاوت الذي بين النوعين؛ إما في الجودة وإما في السكة وإما في الثقل والخفة وغير ذلك، تدرجوا بالربح المعجل فيها إلى الربح المؤخر وهو عين ربا النسيئة؛ وهذه ذريعة قريبة جدا. فمن حكمة الشارع أن سد عليهم هذه الذريعة ومنعهم من بيع درهم بدرهمين لا نقداً ولا ونسيئة. فهذه حكمة معقولة مطابقة للعقول؛ وهي تسد عليهم باب المفسدة»(١).

وقال أيضا رحمة اللَّه عليه: «فكان من رحمة الشارع بهم وحكمته أن منعهم من ربا النساء فيها؛ كما منعهم من ربا النساء في الأثمان، إذ لو جاز لهم النساء فيها لدخلها إما أن تقضي وإما أن تربي، فيصير الصاع الواحد لو أخذ قفزانا كثيرة ففطموا عن النساء ثم فطموا عن بيعها متفاضلا يدا بيد؛ إذ تجرهم حلاوة الربح وظفر الكسب إلى التجارة فيها نساء؛ وهو عين المفسدة، وهذا بخلاف الجنسين المتباينين فإن حقائقهما وصفاتهما ومقاصدهما مختلفة، فهي إلزامهم المساواة في بيعها إضرار

(١) إعلام الموقعين: ٢/ ٩٩ ـ ١٠٠.

بهم، ولا يفعلونه في تجويز النساء فيها ذريعة إلى؛ إما أن تقضي وإما أن تربي، فكان من تمام رعاية مصالحهم أن قصرهم على بيعها يدا بيد كيف شاء؛ فحصلت لهم مصلحة المبادلة؛ واندفعت عنهم مفسدة إما أن تقضي وإما أن تربي.. وإذا تأملت ما حرم فيه النساء رأيته إما صنفا واحدا أو صنفين؛ مقصودهما واحد أو متقارب؛ كالدراهم والدنانير والبر والشعير والتمر والزبيب، فإذا تباعدت المقاصد لم يحرم النساء كالبر والثياب والحديد والزيت، يوضح ذلك أنه لو مكن من بيع مد حنطته بمدين؛ كان ذلك تجارة حاضرة فتطلب النفوس التجارة الموفرة للذة الكسب وحلاوته؛ فمنعوا من ذلك حتى منعوا من التفرق قبل القبض.[١]..

إن فائدة هذا التمييز بين ربا الفضل وربا النسيئة، أن ربا النسيئة لا يجوز إلا للضرورة المساوية لأكل الميتة وشرب الخمر. وأما ربا الفضل فيجوز عند الحاجة

وأصل ابن القيم لهذا التمييز في الحكم بقوله: «وأما ربا الفضل فأبيح منه ما تدعو إليه الحاجة كالعرايا؛ فإن ما حرم سدا للذريعة أخف مما حرم تحريم المقاصد، وعلى هذا فالمصوغ والحلية إن كانت صياغته محرمة كالآنية حرم بيعه بجنسه وغير جنسه. وبيع هذا هو الذي أنكره عبادة على معاوية فإنه يتضمن مقابلة الصياغة المحرمة بالأثمان؛ وهذا لا يجوز كآلات الملاهي.

وأما إن كانت الصياغة مباحة كخاتم الفضة وحلية النساء وما أبيح من حلية السلاح وغيرها؛ فالعاقل لا يبيع هذا بوزنها من جنسها؛ فإنه سفه وإضاعة للصنعة، والشارع أحكم أن يلزم الأمة بذلك؛ فالشريعة لا تأتي به ولا تأتي بالمنع من بيع ذلك وشرائه لحاجة الناس إليه..

وقد جوز الشارع بيع الرطب بالتمر لشهرة الرطب... وما حرم سدا للذريعة أبيح للمصلحة الراجحة؛ كما أبيحت العرايا من ربا الفضل؛ وكما أبيحت ذوات الأسباب من الصلاة بعد الفجر والعصر؛ وكما أبيح النظر للخاطب والشاهد والطبيب والمعامل من جملة النظر المحرم»[٢].

وهذا تقدم كبير في التعامل مع منطقة الربا والوقوف أمام المتشددين في الربا

(١) إعلام الموقعين: ٢/ ١٠٢.
(٢) إعلام الموقعين: ٢/ ١٠٤ ـ ١٠٥.

حتى حرموا بيع المصوغ من الذهب بجنسه بالتفاضل. وعلى النهج نفسه تناول ابن رشد الحفيد موضوع التمييز بين ربا الفضل وربا النسيئة[١].

إن ربا الفضل تسيطر عليه فكرتان: الشبهة والحاجة، تتسع دائرته عند الشبهة وتضيق عند الحاجة[٢].

المطلب الثالث: فائدة تعيين الأموال الربوية:

إن الشريعة الإسلامية بينت البيوع التي لا يجوز فيها الأجل؛ مثل الذهب بالذهب؛ والذهب بالفضة؛ الذي يسمى الصرف، والقمح بالقمح أو القمح بالشعير؛ هذه البيوع لو جاز فيها الأجل لزيد فيها في البدل المؤجل؛ فصارت قرضا ربويا. فذهب معجل بذهب مؤجل أكثر منه؛ هو في حقيقته قرض ربوي؛ ولذلك منع الشارع الحكيم هذه المعاملة سواء سميت قرضا أو بيعا؛ و كذلك ذهب معجل بفضة مؤجلة؛ لا بد أن يزاد فيها في الفضة لأجل التأجيل؛ فصارت كالقرض الربوي بعقد بالذهب (بالدنانير)، ويرد بالفضة (بالدراهم).

على هذا فإن الأجل قد منع شرعا في بعض البيوع منعا لربا القرض أو سدا لذريعته؛ وفيما عدا ذلك من البيوع فإن الأجل جائز؛ ومنه جاز بيع النسيئة؛ وقمح معجل بذهب مؤجل؛ وبيع السلم ذهب معجل بقمح مؤجل؛ وجوازهما ثابت في السنة.

وستظهر تطبيقات هذه الدراسة في الفصول القادمة خاصة فصل البيع بالأجل مع الزيادة في الثمن.

بهذا أختم هدا المبحث وأنتقل إلى تطبيقات مفاهيم هذا الفصل في البيوع التي أثر الواقع في تطورها.

---

(١) انظر: بداية المجتهد: ٤/ ٤٩٦ إلى ٥٢١.

(٢) انظر تفاصيل هذا الموضوع في: مصادر الحق: ٣/ ١٤٢ إلى ١٤٥.

الفصل الثالث

البيع بالتقسيط في المعاملات المالية

المبحث الأول: البيع بالتقسيط واقعا وحكما

المطلب الأول: الأهمية الواقعية للبيع بالتقسيط . .

المطلب الثاني: الفقهاء القدامى والبيع بالتقسيط . .

المطلب الثالث: حكمة البيع بالتقسيط .

المطلب الرابع: مخاطر التوسع في الاستدانة

المطلب الخامس: البيع بالتقسيط المستحب والمباح . . .

الفرع الأول: البيع بالتقسيط

الفرع الثاني: البيع بالتقسيط المباح .

المبحث الثاني: قواعد إجرائية في البيع بالتقسيط . .

المطلب الأول: آداب البيع والشراء بالتقسيط

الفرع الأول: آداب البيع بالتقسيط . .

الفرع الثاني: آداب الشراء

المطلب الثاني: علاقة البيع بالتقسيط بالقرض . . .

المطلب الثالث: الائتمان على بيع بالتقسيط . . . .

المطلب الرابع: الأمثلة التطبيقية على البيع بالتقسيط الجائز وغير الجائز

الفرع الأول: البيع بالتقسيط الجائز . . . .

الفرع الثاني: البيع بالتقسيط غير الجائز . . . .

المبحث الثالث: حكم البيع بالتقسيط مع الزيادة في الثمن مقابل الأجل . .

المطلب الأول: التكيف الفقهي للبيع بالتقسيط مع الزيادة في الثمن مقابل الأجل

المطلب الثاني: أقوال الفقهاء وأصولهم في البيع بالأجل مع الزيادة في الثمن

ـ قرار مجمع الفقه الإسلامي في الموضوع

المبحث الأول

البيع بالتقسيط واقعا وحكما

وينقسم إلى خمسة مطالب هي على الشكل التالي:

المطلب الأول: الأهمية الواقعية للبيع بالتقسيط

إن بيع التقسيط انتشر انتشارا كثيرا في معاملات الأفراد والأمم بعد الحرب العالمية الثانية خاصة في مجال السلع التي تحتاج إليها الأسر والمنشآت كالآلات للمعامل والتجهيزات الطبية والسيارات والسفن والطائرات.

فشركات التمويل تشتري هذه الأمور من مورديها بالتقسيط؛ وتبيع لزبنائها بالتقسيط؛ وهذه الشركات تمول هذه العمليات بواسطة البنوك.

زاولت المصارف الإسلامية الحديثة هذا النوع من البيع وساعدت على انتشاره في الدول التي توجد فيها؛ حيث تشتري السلعة بثمن معجل وتعيد بيعها للزبون بثمن مقسط في إطار البيع بالمرابحة للآمر بالشراء.

وموقع هذه العملية في الفقه الإسلامي في شركة الوجوه وهي شركة بين اثنين أو أكثر يشترون بالنسيئة أو بالتقسيط ويبيعون بالنقد وربما بالنسيئة والتقسيط. أي أن الشركة لا رأس مال لها؛ بل تعتمد في تمويل عملياتها على أموال الغير؛ أي الدائنين، ويقسم الشركاء الأرباح بحسب ملكية وضمان كل واحد منهم في المال المشترى.

وهي شركة جائزة في الفقه الحنفي والحنبلي، ويهمنا هنا في هذا العمل أن شركة الوجوه؛ تعتمد على بيع النسيئة أو التقسيط. وهنا يطرح السؤال الفقهي: هل عالج الفقهاء القدماء البيع بالتقسيط.

المطلب الثاني: الفقهاء القدامى والبيع بالتقسيط

إن الفقهاء القدامى تكلموا عن بيع بالتقسيط في حديثهم عن بيع مؤجل الثمن[١]؛ لكنهم لم يفردوا له كتابا أو بابا مستقلا لأن واقعهم لا يقتضي ذلك الذي تحتاج فيه العملية الاقتصادية إلى التمويل.

---

(١) انظر المغني: ٤/ ٢٩١ تكلم عن التقسيط في حديثه عن البيع بالأجل.

أما تقسيط المبيع في البيع المؤجل فقد تكلم عنه الشافعي وأجازه بشرط معرفة حصة كل قرض من الثمن أي معرفة القيمة الحالية لكل قسط[١].

المطلب الثالث: حكمة البيع بالتقسيط

في البيع بالتقسيط فائدة لكل من البائع والمشتري، فالبائع يزيد في مبيعاته ويعدد من أساليبه التسويقية فيبيع نقدا وتقسيطا؛ ويستفيد في حال التقسيط من الزيادة في الثمن من أجل التقسيط.

والمشتري يستطيع الحصول على السلعة والاستفادة منها استهلاكا واستعمالا قبل أن يمكنه دخله أو ثروته من شرائها فيستعجل السلعة ويسدد الثمن أقساطا.

المطلب الرابع: مخاطر التوسع في الاستدانة

البيع بالتقسيط هو بيع بالدين؛ ولا ينبغي التوسع في الاستدانة، لأن الاستدانة في حال الشراء بالتقسيط زيادة في مقابل الأجل؛ أضف إلى ذلك أن حجم الدين يجب ألا يتجاوز قدرة المدين على السداد؛ والدين إذا كان عاما أي إذا كانت الحكومة هي المدينة ولاسيما طويل الأجل منه فإنه يحمل الأجيال القادمة عبء الجيل الحاضر.

وإذا كان الدائن غير مسلم مثل حالة البلدان الأجنبية؛ ففي الدين مخاطر السيطرة والتبعية. ومحاولة استعباد المدين محاولة قديمة؛ فقد كان رسول اللّه ﷺ إذا أتاه امرؤ مسلم فرآه عاريا يأمر بلالا رضي اللّه عنه بالاقتراض. قال بلال: يأمرني فأنطلق فأستقرض فأشتري له البردة فأكسوه وأطعمه حتى اعترضني رجل من المشركين فقال: يا بلال إن عندي سعة فلا تستقرض من أحد إلا مني؛ ففعلت فلما أن كان ذات يوم توضأت ثم قمت لأؤذن بالصلاة فإذا المشرك قد أقبل في عصابة من التجار فلما رآني قال: يا حبشي. قلت: يا لباه، فتجهمني وقال لي قولا غليظا؛ وقال لي: أتدري كم بينك وبين الشهر؟ قلت: قريب. قال: إنما بينك وبينه أربع فآخذك بالذي عليك فأردك ترعى الغنم كما كنت قبل ذلك، إلى أن قال رسول اللّه ﷺ: أبشر فقد جاءك اللّه تعالى بقضائك[٢].

المطلب الخامس: البيع بالتقسيط المستحب والمباح

الفرع الأول: البيع بالتقسيط المستحب:

روي عن رسول اللّه ﷺ أنه قال: «ثلاثة فيهن البركة: البيع إلى أجل[٣].

---

(١) الأم: ٣/ ٨٦ ـ ٨٨ ـ ٨٩.

(٢) انظر عون المعبود: باب الإمام يقبل هدايا المشركين: ٨/ ٢٣٥.

(٣) ابن ماجة في التجارات: باب الشركة. والسيوطي في الجامع الصغير: ١/ ٥٣٣.

إن البيع بالأجل مستحب عندما يقصد به الإرفاق بالمشتري؛ فلا يزاد عليه في الثمن لأجل الأجل إذا كان محتاجا فقيرا، أو يؤتمن على السداد بدون التضييق عليه بطلب رهن أو كفالة.

الفرع الثاني: البيع بالتقسيط المباح:

البيع بالتقسيط المباح بشروطه التي سأذكرها في تفصيل هذا المبحث. إذا كان البيع بالتقسيط بزيادة في الثمن لأجل الأجل أو بطلب التوثيق.

فإذا كان البيع بالتقسيط يقصد به الإرفاق بالمشتري فهو عقد تبرع ناقص كالقرض؛ وفيه الثواب والبركة في العمل. وإذا كان بزيادة في الثمن أو بطلب رهن أو كفالة فهو عقد معاوضة كاملة.

المبحث الثاني

قواعد إجرائية في البيع بالتقسيط

ويشتمل على أربعة مطالب هي كالآتي:

المطلب الأول: آداب البيع والشراء بالتقسيط

الفرع الأول: آداب البيع بالتقسيط:

لما تكلم الفقهاء عن صور العينة ذكروا منها أن يكون عند الرجل المتاع فلا يبيعه إلا نسيئة؛ وقد نص الإمام أحمد على كراهة ذلك؛ فإن باع بنسيئة ونقد فلا بأس.

وابن تيمية علل ذلك بأنه يدخل في بيع المضطر لأن الغالب على من يشتري بالنسيئة تعذر النقد عليه. فإن كان الرجل لا يبيع إلا بالنسيئة كان ربحه على أهل الضرورة والحاجة. وإذا باع بنقد ونسيئة كان تاجرا من التجار(١).

وهنا أقرر أنه إذا كان التاجر يبيع بالنسيئة ذريعة إلى بيوع الربا فيد خل في إطار التحريم

الفرع الثاني: أدب الشراء بالتقسيط:

يجب على كل شخص سواء كان طبيعيا أو معنويا فردا أو حكومة أن لا يشتري بالتقسيط، إلا إذا كان عازما على السداد أو قادرا عليه؛ بحيث يغلب على ظنه أن يتمكن من سداد كل قسط في ميعاده من فائض دخله أو ثروته في ميعاد السداد.

المطلب الثاني: علاقة البيع بالتقسيط بالقرض

إن حكم الدين هنا كحكم القرض؛ وقد ذكر الفقهاء أن الإمام (الدولة) عندما يقترض فلا بد أن يتوقع قدرته على السداد.

قال الجويني(٢): «الذي يوضح المقصد أنه لو استقرض لكان يؤدي ما اقترضه

---

(١) عون المعبود ٩/ ٢٧٣.

(٢) عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني الشافعي

من مال فاضل مستغنى عنه في بيت المال»[١].

وقال الغزالي: «ولسنا ننكر جواز الاستقراض إذا دعت المصلحة إليه؛ ولكن إذا كان الإمام لا يرتجي انصباب مال إلى بيت المال يزيد على مؤن العسكر فعلى ماذا الإتكال في الاستقراض مع خلو اليد في الحال وانقطاع الأمل في المآل؟ نعم لو كان له مال غائب أو جهة معلومة تجري مجرى الكائن الموثوق به»[٢].

لكن الشراء بالتقسيط يمكن أن يلجأ إليه حتى من كان قادرا على سداد الثمن في الحال؛ وذلك بأن المشتري قد يرغب في استخدام فائض ماله في وجوه استثمارية مختلفة، وعقد الشراء بالتقسيط ليس بعقد القرض فهو عقد معاوضة كاملة.

المطلب الثالث: الائتمان على البيع بالتقسيط

الائتمان في عصرنا نوعان: ائتمان غير مباشر وائتمان مباشر. فالائتمان غير المباشر تمارسه البنوك فهي وسيط بالمعنى الاقتصادي لا الحقوقي، إذ أن علاقتها بكل فريق من الفريقين علاقة مستقلة بين المقرضين والمقترضين؛ إذ تقترض من المودعين لتقرض المنتجين وسواهم؛ كما تخصم الأوراق التجارية التي تتولد من بيوع مؤجلة بين البائعين والمشترين أي تخصم دين البائع على المشتري وتقرض البائع القيمة الحالية لهذا الدين.

أما الائتمان المباشر فهو الائتمان الذي ليس فيه وسيط مالي كالبنك بل يجري بين طرفين كالبائع الذي يبيع المشتري بالتقسيط؛ فبيع التقسيط هو إذا من الائتمان المباشر؛ إذ يأتمن فيه البائع المشتري على سداد الأقساط.

والبيع بالتقسيط بالائتمان غير المباشر من الربا الحرام؛ أي أن العلاقة مكونة من البائع والمشتري والوسيط المالي والأمثلة التطبيقية الموضحة لمعنى هذين النوعين الجائز وغير الجائز هي التي سأتناولها في المطلب الرابع من هذا المبحث.

المطلب الرابع: الأمثلة التطبيقية على البيع بالتقسيط الجائز وغير الجائز

الفرع الأول: البيع بالتقسيط الجائز:

إن شركات السيارات التي تبيع بالتقسيط المباشر دون وسيط مالي جائز شرعا.

الأشعري الامام شيخ الاسلام المحقق النظار الأصولي المتكلم البليغ ـ أخذ عن والده والقاضي حسين وأجازله أبو النعيم الأصفهاني... وعنه الغزالي والطبري الكيا الهراسي... ولد سنة: ٤١٩هـ، وت: ٤٧٨هـ له: الارشاد ـ الورقات..(معجم المؤلفين ج: ٦ ـ ١٨٤ ـ ١٨٥).

(١) ٥٣٥ الغياثي: ص ٢٧٦/٢٧٩. (٢) شفاء الغليل: ٢٤١/٢٤٢.

مثلا: ثمن السيارة ٢٠٠،٠٠٠ ألف درهم مدة خمس سنوات تؤدى في أقساط منتظمة متساوية أو متناقصة دون وسيط مالي كالبنك جائز شرعا.

الفرع الثاني: البيع بالتقسيط غير الجائز:

إن شركات السيارات التي تبيع بالائتمان غير المباشر غير جائز شرعا.

مثال: تبيع السيارة ب٢٠٠،٠٠٠ ألف درهم ويؤديها البنك ليسترد من المشتري ٢١٠،٠٠٠ ألف درهم مقابل التأجيل. هذا محرم. لأن العملية جمعت بين البيع والقرض مع الزيادة في الثمن؛ فتكون العملية بيع ٢٠٠،٠٠٠ درهم ب ٢١٠،٠٠٠ ألف درهم مقابل الزمن؛ وقد نص النبي ﷺ على تحريم بيع الذهب بالذهب إلا بشرط التساوي والحلول مثلا بمثل ويدا بيد.

أما الفرق بين البيع بالتقسيط والعينة والتورق فقد سبق ذكره في الأصول المعلقة بنية العاقد.

المبحث الثالث

حكم البيع بالتقسيط مع الزيادة في الثمن مقابل الأجل

وأتناوله في مطلبين:

المطلب الأول: التكييف الفقهي للبيع بالتقسيط مع الزيادة في الثمن مقابل الأجل

البيع في الفقه الإسلامي إما أن يكون معجل البدلين وهو ما يسمى فقها يدا بيد؛ وإما أن يكون مؤجل البدلين وهو بيع الكاليء بالكاليء؛ وهو محرم بالإجماع، وإما أن يكون الثمن معجلا والمبيع مؤجلا؛ وهو ما يسمى ببيع السلم، وإما أن يكون المبيع معجلا والثمن مؤجلا وهو بيع النسيئة.

وهذا النوع الأخير من البيع هو موضوع البيع بالتقسيط. حيث يكون فيه المبيع معجلا والثمن مؤجلا؛ لكن في شكل أقساط معلومة ومنتظمة المدة. كما تكون متساوية المبلغ أو متزايدة أو متناقصة. وعادة ما ينطوي على زيادة في الثمن مقابل الأجل؛ وهذه الزيادة هي محل النزاع في جواز هذه المعاملة شرعا؛ لأن البيع بثمن مؤجل جائز بالنص الصريح في غير الأموال الربوية، كما جاء في الصحيح أن النبي عليه الصلاة والسلام اشترى من يهودي طعاما إلى أجل ورهنه ذرعا له من حديد[١].

وأما البيع بثمن مؤجل مع الزيادة في الثمن مقابل التأجيل فلم توجد نصوص شرعية تجوز ذلك؛ وإنما كل ما فيه يكون بالاستنباط الفقهي.

إضافة إلى ذلك تلبسه بربا الفضل وربا النساء؛ ولا يستخرج حكمه إلا من الفروق الدقيقة التي تفصل بين بيع يجوز فيه الأجل والزيادة للأجل؛ وبيع لا يجوز فيه أجل ولا زيادة.

لذلك حددت فيما سبق منطقة الربا في الأموال، وهذا بيان ذلك:

من المعلوم فقهياً أنه ليس كل بيع يجوز فيه التأجيل، انظر بعمق إلى البيان النبوي في الأموال الربوية:

---

(١) البخاري ـ ومسلم واللفظ له.

الذهب بالذهب فيه شرطان: التساوي والحلول؛ ما لم يكن قرضا فيجوز التأخير عند جمهور الفقهاء.

والذهب والفضة يمنع التأجيل ويجوز التفاضل؛أي الزيادة. أما الذهب بالقمح بلا شرط فيجوز التأجيل والتفاضل؛ أي الزيادة.

وأما الذهب بالقمح بلا شرط فيجوز التأجيل والتفاضل بشرط أن يكون الأجل معلوما حتى لا يدخل في منطقة الغرر المنهي عنه.

وهكذا ففي حالات تبادل المتجانسين أو المتقاربين المختلفين بحيث ينتميان إلى فئة ربوية واحدة؛ كالذهب والفضة وهما فئة؛ اصطلح عليها في العلة بالثمنية كما سبق ترجيحه. والقمح والشعير والتمر والملح فئة ثانية؛ اصطلح عليها بالمطعومات. فهذه بيوع يمنع فيها التأجيل.

لكن في حالة تبادل المختلفين؛ كالذهب بالقمح؛ وهما فئتان مختلفتا الثمنية والمطعومات؛ يجوز فيها التأجيل. والذهب بالسيارة أو الثياب أو السلع بأنواعها غير الذهب والفضة يجوز فيها التأجيل وهذا النوع أكثر شيوعا بين الناس.

والناظر بعمق في البيوع الربوية يجد أن الشارع الحكيم يمنع الأجل في الحالات التي تمتنع فيها الزيادة للأجل، كالذهب بالذهب أو الذهب بالفضة سدا للذريعة. فلما أباح الأجل كما في الذهب بالقمح أباح للناس أن يزيدوا للأجل. لأن تبادل الذهب بالفضة فيه شبهة القرض إذا لم يكن حالا، فهو تبادل قريب من الذهب بالذهب؛ وكذلك القمح بالشعير فيه شبهة القرض ما لم يكن حالا؛ فإذا امتنع التأجيل أو التأخير اطمئنا أن الزيادة تكون لاختلاف الصنفين، والزيادة تكون مقابل الانتفاع بالمبيع قبل تسديد الثمن.

وعلى هذا ففي البيوع التي يجوز فيها تأجيل أحد البدلين فإن العدالة تقتضي أن يكون البدل المؤجل أزيد من البدل المعجل. وعدم جواز هذا في القرض لا يعني عدم جوازه في كل حال؛ **لأن الحرمة عارضة والأصل الجواز؛ ولأن القرض عقد إرفاق وثوابه عند اللَّه**.

لذلك ترى الفقهاء إذا ذكروا حكمة بيع السلم قالوا: إن البائع يرتفق بتعجيل الثمن. إذاً يعتبر هذا العمل تمويلا له من المشتري؛ والمشتري يرتفق برخص الثمن، فهذا معناه أن الثمن يكون أعلى على المشتري، لو عجل له البائع المبيع؛ أو أن المبيع يكون أقل إذا كان الثمن واحدا في الحالين.

بعد هذا التكييف الفقهي لعملية الزيادة في الثمن مقابل الزمن في البيع

المؤجل؛ أذكر أقوال الفقهاء في الموضوع مع الرجوع إلى أصولهم؛ حتى لا يكون قولي بجواز هذه المعاملة شرعا تقليدا أعمى.

المطلب الثاني: أقوال الفقهاء وأصولهم في البيع بالأجل مع الزيادة في الثمن

إن المتتبع للمظان الفقهية وتعرض الفقهاء لمسألة البيع بالأجل مع الزيادة في الثمن يجد الأمر ينحصر عندهم في اتجاهين بارزين. يمكن تلخيص أقوالهم فيما يلي:

* الاتجاه الأول: اتجاه القائلين بالجواز وأدلتهم:

من بين الأدلة النقلية المعتمدة عند جمهور الفقهاء في تجويز البيع بالأجل مع الزيادة في الثمن؛ أن الزيادة ليست من الربا المحرم بدليل معنى الآيات القرآنية الآتية:

- قول اللَّه تعالى: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ﴾(١).

قال عبد اللَّه بن عباس رضي اللَّه عنهما في سبب نزولها أن الكفار في الجاهلية لم يفرقوا بين الزيادة في أول العقد والزيادة في آخر العقد. فالزيادة الأولى جائزة ليست من الربا؛ والزيادة في آخر العقد محرمة قال: «الزيادة في آخر البيع بعدما حل الأجل كالزيادة في أول البيع إذا بعت بالنسيئة وأحل اللَّه البيع وحرم الربا؛ أي الزيادة الأخيرة»(٢).

وهذا دليل واضح أن عبد اللَّه بن عباس رضي اللَّه عنهما يجوز الزيادة في البيع بالأجل؛ بل إن سبب نزول الآية هو الخلط بين الزيادة المحرمة والزيادة الجائزة.

لهذا الاعتبار قال الإمام القرطبي: «إنما البيع مثل الربا» أي إنما الزيادة عند حلول الأجل آخرا كمثل أصل الثمن في أول العقد، وذلك أن العرب كانت لا تعرف ربا إلا ذلك، فكانت إذا حل دينها قالت للغريم: إما أن تقضي وإما أن تربي؛ أي تزيد في الدين. فحرم اللَّه سبحانه وتعالى ذلك ورد عليهم قولهم بقوله الحق: وأحل اللَّه البيع وحرم الربا»(٣).

---

(١) البقرة ٢٧٥.

(٢) تنوير المقتبس لابن عباس المطبوع بهامش الدر المنثور للسيوطي الجزء ١/ ١٤٣.

(٣) الجامع: ٣/ ٢٣٠.

قال أبو بكر بن العربي: «وقد كانت الجاهلية تفعله كما تقدم فتزيد زيادة لم يقابلها عوض؛ وكانت تقول: إنما البيع مثل الربا: أي إنما الزيادة عند حلول الأجل آخرا مثل أصل الثمن في أول العقد. فرد اللَّه تعالى عليهم قولهم؛ وحرم ما اعتقدوه حلالا عليهم؛ وأوضح أن الأجل إذا حل ولم يكن عنده ما يؤدي أنظر إلى الميسرة تخفيفا يحققه أن الزيادة إنما تظهر بعد تقدير العوضين فيه وذلك على قسمين:

أحدهما: تولي الشرع تقدير العوض فيه؛ وهو الأموال الربوية فلا تحل الزيادة فيه.

ثانيهما: وأما الذي وكله إلى المتعاقدين فالزيادة فيه على قدر مالية العوضين عند التقابل»(١).

إن أبا بكر رحمه اللَّه يفرق بين الزيادة في الأموال الربوية والأموال غير الربوية؛ لذلك يصعب على غير الفقيه فهم هذه الزيادة.

يقول الإمام الشاطبي: «و مثال ما يقع في المال: أن الكفار قالوا: إنما البيع مثل الربا؛فإنهم لما استحلوا العمل به احتجوا بقياس فاسد؛ فقالوا: إذا فسخ العشرة التي اشترى بها إلى شهر في خمسة عشر إلى شهرين فهو كما لو باع بخمسة عشر إلى شهرين؛ فأكذبهم اللَّه تعالى ورد عليهم؛ فقالوا: إنما البيع مثل الربا وأحل اللَّه البيع وحرم الربا. ليس البيع مثل الربا، فهذه محدثة أخذوا بها مستندين إلى رأي فاسد؛ فكان من جملة المحدثات كسائر ما أحدثوا في البيوع الجارية بينهم المبنية على الخطر والغرر»(٢).

ـ وقوله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَيۡتُم مِّن رِّبٗا لِّيَرۡبُوَاْ فِيٓ أَمۡوَٰلِ ٱلنَّاسِ فَلَا يَرۡبُواْ عِندَ ٱللَّهِۖ وَمَآ ءَاتَيۡتُم مِّن زَكَوٰةٖ تُرِيدُونَ وَجۡهَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡمُضۡعِفُونَ﴾(٣)

قال الإمام القرطبي في آية الربا في سورة الروم وما آتيتم من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربو عند اللَّه، والربا الزيادة وقد مضى في البقرة معناه؛ وهو هناك محرم وهاهنا حلال؛ وبينت بهذا أنه قسمان: منه حلال ومنه حرام.(٤)..

بمعنى أن ليس كل زيادة ربا محرم؛ لذلك قال:قسمان: ربا حلال وربا حرام. وأعطى أمثلة على ذلك؛كالهبة التي يرجى الفضل منها.

---

(١) أحكام القرآن ١:/ ٢٤٢.
(٢) الاعتصام٢/ ٤٧.
(٣) الروم ٣٩.
(٤) الجامع: ١٤/ ٢٥.

ـ نماذج من أقوال الفقهاء الذين يقولون بجواز الزيادة في الثمن مقابل التأجيل :

* يقول السرخسي : المؤجل أنقص في المالية من الحال»(١) .

* يقول الكساني : «لا مساواة بين النقد والنسيئة؛ لأن العين خير من الدين، والمعجل أكثر قيمة من المؤجل»(٢) .

* يقول الزيلعي : «يزاد على الثمن لأجل الأجل»(٣) .

* وقال أيضا : «إن الثمن المؤجل أنقص في المالية من الحال ولهذا حرم الشرع النساء في الأموال الربوية»(٤) .

* يقول الشافعي : الطعام الذي إلى الأجل القريب أكثر قيمة من الطعام الذي إلى الأجل البعيد(٥) .

* يقول النووي :الخمسة نقدا تساوي ستة نسيئة(٦) .

* يقول ابن رشد الحفيد : جعل للزمان مقدارا من الثمن(٧) .

* يقول الصاوي : إن للأجل حصة من الثمن(٨) .

* يقول الدسوقي :إن للأجل حصة من الثمن(٩) .

* يقول ابن تيمية : الأجل يأخذ قسطا من الثمن(١٠) .

* قال الشوكاني : يجوز بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النساء(١١) .

إن هؤلاء الفقهاء الذين قالوا بجواز الزيادة مقابل الأجل في البيع المؤجل يفرقون بين الأموال الربوية التي تحرم فيها الزيادة والقرض، لأن الأصل المفترض في المتبايعين أنه لا يعرف أحدهما الآخر؛ وأنهما متكافئان؛ وأن المركز المالي لكل منهما مستور عن الآخر؛ فالبائع عالم بالسلعة وأثمانها؛ وكذلك المشتري .فلو زاد البائع هرب المشتري؛ ولو نقص المشتري رفض البائع .

أما القرض فالمركز المالي المفترض يعلنه صاحبه بمجرد طلب القرض مع

---

(١) المسبوط : ١٣/ ٨٧و١٢٥.
(٢) البدائع : ٥/ ١٨٧.
(٣) تبيين الحقائق : ٤/ ٤٨.
(٤) المرجع السابق .
(٥) الأم : ٣/ ٦٢.
(٦) المجموع للنووي ٦/ ٢٢.
(٧) بداية المجتهد : ٢/ ١٠٨.
(٨) بلغة السالك ٢/ ٧٩.
(٩) الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٥٦.
(١٠) مجموع الفتاوى المبرى ٢٠/ ٣٠٢.
(١١) نيل الأوطار ٥/ ١٧٢.

ملاحظة أن القرض الشرعي في الأصل عقد إحسان يمنح للمحتاج؛ وهذا بخلاف العلاقة بين المشتري والبائع، فإن الأول لا يطلب إحسانا من الآخر؛ بل يعامله الند للند في وضع لا يسود فيه الاحتكار[١].

ـ قرار مجمع الفقه الإسلامي:

في جواز البيع بالأجل مع الزيادة على المشتري

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧ إلى ٢٣ شعبان ١٤١٠ الموافق ١٤ ـ ٢٠ مارس ١٩٩٠م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع البيع بالتقسيط واستماعه للمناقشات التي دارت حوله.

قرر ما يلي:

١ ـ تجوز الزيادة في الثمن المؤجل عن الثمن الحال، كما يجوز ذكر ثمن المبيع نقدا وثمنه بالأقساط لمدد معلومة، ولا يصح البيع إلا إذا جزم العاقدان بالنقد أو التأجيل؛ فإن وقع البيع مع التردد بين النقد والتأجيل؛ بأن لم يحصل الاتفاق الجازم على ثمن واحد محدد فهو غير جائز شرعا.

٢ ـ لا يجوز شرعا في بيع الأجل التنصيص في العقد على فوائد التقسيط مفصولة عن الثمن الحال؛ بحيث ترتبط بالأجل سواء اتفق العاقدان على نسبة الفائدة أم ربطاها بالفائدة السائدة.

٣ ـ إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد؛ فلا يجوز إلزامه؛ أي الزيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط؛ لأن ذلك ربا محرم.

٤ ـ يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط؛ ومع ذلك لا يجوز شرعا اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء.

٥ ـ يجوز شرعا أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد.

٦ ـ لا حق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع؛ ولكن يجوز للبائع أن

(١) مقال د. رفيق المصري، ص٥٦، من مجلة الأمة القطرية/ جمادى الأخيرة ١٤٠٦هـ.

يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة[١].

*** الاتجاه الثاني: اتجاه القائلين بعدم الجواز وأدلتهم**

أنكر بعض العلماء مشروعية البيع بالأجل مع الزيادة في الثمن ولو في غير الأموال الربوية. وهم: زين العابدين علي بن الحسين؛ والناصر والمنصور باللَّه؛ و الهادوية والإمام يحيى.

وعارضهم الصنعاني والشوكاني[٢]

واحتجوا بحديث أبي هريرة: قال رسول اللَّه ﷺ: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا»[٣].

والحديث كما قال الشوكاني: في إسناده محمد بن عمر وابن علقمة وقد تكلم فيه غير واحد، وإذا كانت الزيادة صحيحة فإن النهي موجه عند أغلب الفقهاء نحو البيع الذي يتم بسعرين أو ثمنين من دون تعيين أحد منهما[٤].

وقد سبق القول في ذلك في الأصول المتعلقة بتحديد الثمن في العقد؛ والإمام الشافعي رحمه اللَّه قال عن هذا الحديث: له تأويلان:

أحدهما: أن يقول: بعتك بألفين نسيئة وبألف نقدا؛ فأيهما شئت أخذت به. وهذا بيع فاسد لأنه إيهام وتعليق.

ثانيهما: أن يقول: بعتك عبدي على أن تبيعني فرسك. والعلة في هذا كله عدم استقرار الثمن كما قال الشوكاني رحمه اللَّه تعالى، والذي أرجحه ما ذهب إليه المالكية والحنفية والشافعية والزيدية من جواز هذه المعاملة؛ وأن الزيادة في الثمن كانت مقابل الانتفاع بالمبيع وليست خالية عن العوض كما يدعي في اعتقادي من يحرمه؛ كالعلامة السلفي الشيخ عبد الرحمان في كتابه: «القول الفصل في البيع بالأجل»؛ مع اعترافه في مقدمة الكتاب باختلاف الفقهاء فيه؛ وتجويز جمهور الفقهاء له.

---

(١) قرار رقم ٥٣/ ٢/ ٢ مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة السادسة، العدد السادس؛ ج الأول: ١٤١٠ _ ١٩٩٠ ص ٤٤٧ و ٤٤٨.

(٢) انظر: نيل الأوطار: ١٥٢/٥، والمعاملات المالية المعاصرة للزحيلي: ص ٣١٤.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

بعض التطبيقات:

من اشترى سيارة أو ثلاجة أو جهازا بثمن مؤجل كله أو بعضه يؤديه على أقساط منتظمة إما شهرية أو سنوية؛ معينة أو محددة؛ جاز الشراء ولو كان بزيادة مقابل الأجل؛ طبقا للشروط المذكورة في قرار مجمع الفقه الإسلامي السابق ذكره.

الموظف أو العامل الذي يشتري ما يحتاج إليه من البقال ولا يؤديه الثمن إلى آخر الشهر جاز البيع لاختلاف الجنسين؛ حيث يشري الطعام أو لوازم الطعام بالنقود؛ وإذا اختلف الجنسان جاز التأجيل والتفاضل وهذا النوع من المعاملة يسميه الفقهاء ببيع الاستجرار.

الفصل الرابع

بيـــع المرابحة للآمر بالشراء

المبحث الأول: أصل صياغة البيع بالمرابحة للأمر بالشراء

المبحث الثاني: التكييف الفقهي للبيع بالمرابحة للأمر بالشراء

المطلب الأول: البيوع وعلاقتها ببيع المرابحة للأمر بالشراء. .

المطلب الثاني: محل النزاع زالاختلاف الفقهي للبيع بالمرابحة للأمر بالشراء. .

المبحث الثالث: الوفاء بالوعد وعلاقته بالبيع بالمرابحة للأمر بالشراء. .

المبحث الرابع: مذهب مالك في الوفاء بالوعد. .

المبحث الخامس: قرار مجمع الفقه الإسلامي في البيع بالمرابحة للأمر بالشراء.

تقديم

تظهر أهمية بيع المرابحة للآمر بالشراء في أمرين أساسين هما :

١ ـ أنه يسد حاجة لا يمكن لعقود أخرى أشبعت بحثا في الكتب الفقهية القديمة أن تسدها؛ مثل المضاربة والمشاركة؛ باعتبار هذين الصنفين مصدر التمويل والاستثمار في إطار الحلال عند الفقهاء القدامى.

٢ ـ إن صيغة البيع بالمرابحة للآمر بالشراء تظهر أهميتها في تمثيل القالب العلمي الذي يتمتع بالمرونة والملاءمة لطبيعة العمل البنكي المعاصر في إطار الضوابط الشرعية.

حيث تعطى الإمكانية لصاحب الحاجة لتحديد حاجته بنفسه ويقومها البنك أو شركة التمويل؛ ثم يشتريها منه الراغب حسب الوصف المتفق عليه؛ ومعرفة السعر؛ والزيادة على السعر مقابل الزمن المحدد.

لهذا سأتناول بعون اللَّه تعالى وتوفيقه دراسة هذا الفصل من خلال المباحث الخمسة الآتية؛ والتي تعد تفكيكا عمليا وعلميا لماهيته أولاً؛ حتى تكون الأحكام الشرعية التي سترتب عليه بناء على تصوره في الذهن حقيقة.

فالتصورات عند الفقهاء أهم باب قبل إعطاء الأحكام الشرعية المناسبة؛ وكثيرا ما كانت مرجع الغلط عند كثيرين بسبب فساد التصور؛ ولهذا قالوا: الحكم على الشيء فرع عن تصوره أولاً وابتداءً.

وهذه المباحث المندرجة تحت أصل بيع المرابحة للآمر بالشراء؛ هي:

المبحث الأول: أصل صياغة البيع بالمرابحة للآمر بالشراء.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي للبيع بالمرابحة للآمربالشراء.

المبحث الثالث: الوفاء بالوعد في البيع بالمرابحة للآمربالشراء.

المبحث الرابع: مذهب مالك في الوفاء بالوعد.

المبحث الخامس: قرار المجمع الفقه الإسلامي في البيع بالمرابحة للآمر بالشراء.

المبحث الأول

أصل صياغة البيع بالمرابحة للآمر بالشراء

إن البيع بالمرابحة له ارتباط بالبيع بالتقسيط مع الزيادة في الثمن؛ وهو من العقود المستحدثة، وأصل هذه التركيبة في هذا العقد يرجع إلى أطروحة الدكتوراه للدكتور سامي حمود تحت عنوان: «تأطير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية».

إن هذه الصيغة جديدة في الفقه الإسلامي بالشكل الذي طبقت به في الاقتصاد المعاصر في البنوك الإسلامية، وقد كشف هذه الصيغة الدكتور سامي حمود أثناء إعداده أطروحة الدكتوراه السالفة الذكر.

وعندما صدر القانون المؤقت رقم ١٣ لسنة ١٩٧٨ بتأسيس البنك الإسلامي الأردني؛ وهو القانون الذي تولى الباحث إعداد صيغته الأولية حين كان مقرر اللجنة التحضيرية فوافقت لجنة الفتوى الأردنية بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية والمقدسات الإسلامية على تعريف مقترح لبيع المرابحة للآمر بالشراء وهو التعريف الذي تضمنته المادة الثانية من القانون المشار إليه حيث جاء النص عليه كما يلي:

بيع المرابحة للآمر بالشراء يعني: قيام البنك بتنفيذ طلب المتعاقد معه على أساس شراء الأول ما يطلب الثاني بالنقد الذي يدفعه البنك كليا أو جزئيا؛وذلك في مقابل التزام الطالب بشراء ما أمر به وحسب الربح المتفق عليه عند الابتداء.

وقد ثبت هذا النص بتمامه عند صدور القانون الدائم للبنك الإسلامي الأردني؛ وهو القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٨٥م؛و يمكن مراجعة ذلك في مجموعة الأعمال التحضيرية لمشروع قانون البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار مع الأسباب الموجبة والمذكرة الإيضاحية التي أعدها الدكتور سامي حمود.

وذلك في مجلة مجامع الفقه الإسلامي الدورة ٥ع ٥ ج ٢ ص١٠٩٢ ـ ١٠٩٣ / بتاريخ ١٩٨٨/ ١٤٠٩.

ويمكن التوسع في الموضوع في: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية؛توزيع دار الفكر ١٩٨٢ الصفحات ٣٦٩ ـ ٣٨١

المبحث الثاني

التكييف الفقهي للبيع بالمرابحة للآمر بالشراء

سأتناول هذا المبحث في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : البيوع وعلاقتها ببيع المرابحة للآمر بالشراء

البيع في الفقه الإسلامي بيعان : بيع مساومة وبيع أمانة .

فأما بيع المساومة فيتفق فيه المتبايعان على ثمن البيع بغض النظر عن الثمن الأول الذي بدله البائع لشراء السلعة أو إنتاجها .

وأما بيع الأمانة فثلاثة أنواع ؛ هي :

- **بيع مرابحة** ؛ وهو البيع بمثل الثمن الأول مع ربح معلوم .
- **بيع وضيعة** ؛ وهو البيع بمثل الثمن الأول مع وضع مبلغ معلوم .
- **بيع تولية** ؛ وهو البيع بمثل الثمن الأول بلا ربح ولا خسارة .

وبيع المرابحة للآمر بالشراء يدخل في النوع الأول بغض النظر عن اللوازم المستحدثة فيه ، وهو صيغة جديدة كما بينت في المبحث الأول . فهو يعني : أن يتقدم الراغب في شراء سلعة إلى البنك إما لأنه لا يملك المال الكافي لسداد ثمنها نقدا ؛ أو لأن البائع لا يبيعها له إلى أجل ؛ لعدم مزاولته للبيوع المؤجلة أو لعدم معرفته بالمشتري أو لحاجته إلى المال النقدي ؛ فيشتريها البنك بثمن نقدي ويبيعها إلى عميله بثمن مؤجل أعلى .

والتخريج الفقهي لهذه التركيبة : البيع بالمرابحة للأمر بالشراء ، يؤسس على اعتماد نص للإمام الشافعي في تركيب هذه الصيغة ، ونص الإمام هو كالآتي : «وإذا أرى الرجلُ الرجلَ السلعة ، فقال : اشتر هذه وأربحك فيها كذا ، فاشتراها الرجل ؛ فالشراء جائز ، والذي قال : أربحك ؛ فيها بالخيار إن شاء أحدث فيها بيعا وإن شاء تركه ، وهكذا إن قال : اشتر لي متاعا ووصفه له ؛ أو متاعا أي متاع شئت ؛ وأنا أربحك فيه ؛ فكل هذا سواء ، يجوز البيع الأول ويكون فيما أعطى من نفسه بالخيار ، وسواء في هذا ما وصفت ، إن كان قال : ابتاعه وأشتريه منك بنقد أو دين ؛ يجوز البيع الأول ويكونان بالخيار في البيع الآخر ؛ فإن جدداه جاز ؛ وإن تبايعا به

على أن ألزما أنفسهما الأمر الأول؛ فهو مفسوح من قبل شيئين:

أحدهما: أنهما تبايعاه قبل أن يملكه البائع.

والثاني: أنه على مخاطرة أنك إن اشتريته على كذا أربحك فيه كذا[(١)].

الملاحظ من كلام الشافعي أن المبادرة في الطلب تتم من الراغب في شراء السلعة، وأنه يري الطرف الثاني السلعة ويطلب منه أن يشتريها على أساس أنه يعد بشرائها منه بالثمن المدفوع في السلعة مضاف إلى الربح المتفق عليه ابتداء.

فهذه العملية عملية مركبة من وعد بالشراء من طرف الآمر؛ وبيع بالمرابحة من طرف المأمور. فالطبيب الذي يحتاج إلى جهاز خاص بتخطيط القلب مثلا يحدد هو مواصفات الجهاز الذي يريده؛وقد يحدد اسم الشركة الصانعة ويقوم بالاتصال معها لمعرفة السعر وموعد التسليم وإمكانية إضافة المزايا التي يطلب وجودها في الجهاز.فإذا تم ذلك فإنه يأتي إلى الشخص أو البنك الذي يملك القدرة على شراء مثل هذا الجهاز طالبا منه أن يشتريه على أساس الوعد منه بشراء الجهاز المطلوب بسعر التكلفة بالإضافة إلى ربح محدد سلفا.

والقواعد في العقود الشرعية تجوز مثل هذه المعاملات طالما أن البيع جائز؛ والتنفيذ هو إنجاز يتم بطريق إبرام البيع المتواعد عليه.

المطلب الثاني: محل النزاع والاختلاف الفقهي للبيع بالمرابحة للآمر بالشراء

لقد تعرضت هذه الصيغة الجديدة للانتقاد والاعتراض خاصة من الدكتور رفيق يونس المصري[(٢)]. ومحل النزاع فيها الإلزام. وهذه مناقشات العلماء الذين شاركوا في مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني بالكويت في موضوع الإلزام بالوعد كما نقله الدكتور يوسف القرضاوي في كتابه «البيع بالمرابحة للآمر بالشراء»[(٣)].

---

(١) الأم: الشافعي: ج٣/ ص٣٩.

(٢) انظر مقال الدكتور رفيق المصري في مجلة المسلم المعاصر في العدد ٣٢ شوال، ذو القعدة، ذو الحجة ص ١٧٩/ ١٤٠٢. وانظر أيضا مجلة الأمة القطرية؛ ١٤٠٦ ع ٦١ شهر محرم،ديسمبر ١٩٨٥ ص ٢٤ ع ٦٤ ربيع الآخر ١٤٠٦ ـ ١٩٨٥ مع ردود كل من الشيخ يوسف القرضاوي و الدكتور سامي حمود.و ألف الشيخ القرضاوي كتابا في الموضوع تحت عنوان:البيع بالمرابحة للآمر بالشراء. طبعة مؤسسة الرسالة. و في مجلة المسلم المعاصر عدد ٣٥ مقال للدكتور عبد الله الأمين ص ٦٩ سنة ١٩٨٣.

(٣) بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية الدكتور يوسف القرضاوي: ص ٦١ ـ ٦٢.

يقول فضيلته» ومن هؤلاء الإخوة: الدكتور حسن عبد اللَّه الأمين الأستاذ الباحث بالمركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبد العزيز؛ والدكتور محمد سليمان الأشقر الأستاذ الباحث بموسوعة الفقه الإسلامي بالكويت، وكلاهما قدما بحثا حول موضوع المرابحة، والدكتور علي السالوس الأستاذ والمساعد بكلية الشريعة بجامعة قطر؛ وحجتهم أن فتوى مؤتمر المصرف الإسلامي الأول اعتمدت على مذهب مالك في الإلزام بالوعد والقضاء به، مع أن مذهب مالك في هذه القضية بالذات يمنع ولا يجيز؛ لأنه يعتبرها من بيوع العينة الممنوعة؛ فكيف نأخذ بمذهب مالك في الإلزام بالوعد؛ في الوقت الذي نتركه في القضية الخاصة التي ننفذ فيها الإلزام بالوعد؟

المبحث الثالث

الوفاء بالوعد وعلاقته بالبيع بالمرابحة للآمر بالشراء

يقول الدكتور عبد اللَّه الأمين: «القول بوجوب الوفاء بالوعد ونطاق تطبيقه».

أولاً: تعريف الوعد: جاء في فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: نقلا عن كتاب «تحرير الكلام في مسائل الالتزام» للإمام الحطاب ما نصه: فصل وأما العدة أي الوعد فليس فيها إلزام الشخص نفسه شيئا الآن.

وإنما هي كما قال ابن عرفة: إخبار عن إنشاء المخبر معروفا في المستقبل؛ ومثلوا له بالوعد بقرض أو عتق أو هبة أو صدقة أو عارية؛ أي الأمور التي تدخل في باب المعروف والإحسان، كما قال ابن عرفة التي تتعلق بالمعاوضات كالبيع مثلا...

ولا أدري كيف يتمثل الوجه الشرعي لبيع المرابحة للأمر بالشراء على القول بإلزام طالب الشراء في النص المنقول عن الإمام الشافعي القائل: بأن له حق الخيار كما تقول المذكرة نفسها، بل إن تمام نص الإمام الشافعي فهو منسوخ من قبل شيئين:

أحدهما: أنه تبايعاه قبل أن يملكه البائع.

ثانيهما: أنه على مخاطرة أنك إن شريته على كذا أربحك فيه كذا[١].

يقول الدكتور رفيق يونس المصري: فبيع المرابحة بمعناه المطبق في المصارف الإسلامية يشتمل إذا على بيع معجل بين المصرف وبائع السلعة وبيع مؤجل من المصرف ومشتري السلعة. وجواز البيع الموجل بزيادة في الثمن لقاء الأجل لا ترقى إليه شبهة؛ ولكنه لا يعني بالضرورة جواز بيع المرابحة؛ هذا ما لم تكن المواعدة فيه غير ملزمة لأي من الطرفين كما بينا[٢].

---

(١) انظر: تحرير الكلام: للحطاب: ص ١٥٣ ـ ١٥٤. ومجلة المسلم المعاصر س ٩ ع٣٥ رجب شعبان رمضان ١٤٠٣ مايو ـ يونيو ـ يوليوز ١٩٨٣ ص٦٩.

(٢) انظر هذه الآراء عند مناقشة المسألة في: «مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٩٩٠م دورة ٦ع٦ج ١ ص٣١١.

وقد رد الدكتور يوسف القرضاوي على الذين يقولون بعدم لزوم الوعد في البيع بالمرابحة للأمر بالشراء باستدلاله بالكتاب والسُّنة وآراء جماعة من السلف.

ومن تلك الأدلة التي استدل بها، قوله: **إن الذي أرجحه أن الوفاء بالوعد واجب ديانة؛ فهذا هو الظاهر من نصوص القرآن والسُّنة؛ وإن خالف في ذلك المخالفون.**

ففي القرآن قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ۝ كَبُرَ مَقْتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾(١).

والوعد إذا أخلف قول لم يفعل فيلزم أن يكون كذبا محرما وأن يحرم إخلاف الوعد مطلقا(٢).

بل إن عبارة الآية الكريمة: كبر مقتا عند اللَّه تدل على أنه كبيرة وليس مجرد حرام... وأن جماعة من السلف تذهب إلى وجوب الوفاء بالوعد.

وذكر الإمام البخاري في صحيحه رأي جملة من السلف ممن يرى وجوب إنجاز الوعد؛ فقد ترجم في كتاب الشهادات من الصحيح: باب من أمر بإنجاز الوعد. قال: وفعله الحسن البصري أي أمر به وذكر الآية الكريمة ﴿وَٱذْكُرْ فِى ٱلْكِتَـٰبِ إِسْمَـٰعِيلَ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ صَادِقَ ٱلْوَعْدِ﴾(٣).

وقال ابن عبد البر وابن العربي: أجل من قال به عمر بن عبد العزيز وعن بعض المالكية: إن ارتبط الوعد بسبب وجب الوفاء به؛ وإلا فلا. ومن قال لآخر: تزوج، ولك كذا. فتزوج وجب الوفاء به(٤).

وعند مراجعتي لما قاله الشيخ الحطاب من المالكية في كتابه الذي حرر فيه الكلام عن الالتزام وجدته قد نص على ما يلي: فالوفاء بالعدة مطلوب بلا خلاف، واختلف في وجوب القضاء بها على أربعة أقوال...ذكرها ثم علق بالقول: والفرق بين ما يدل على الالتزام وما يدل على العدة فالمرجع فيه إنما هو إلى ما يفهم من سياق الكلام وقرائن الأحوال، فحيث دل الكلام على الالتزام أو على العدة حمل

(١) سورة الصف: ٢ ـ ٣.
(٢) بيع المرابحة للآمر بالشراء: ص٦٥.
(٣) مريم ٥٤.
(٤) المرجع السابق: ص ٦٤ إلى ٦٩ بتصرف غير مخل.
انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع٥ الدورة ٥ الجزء الثاني ٨٥٩ إلى ٨٨١، وانظر كتابه بيع المرابحة من ص ٦٥ إلى ٨٠،وانظر أيضا مجلة الأمة القطرية ع٦٤ ربيع الثاني سنة ١٤٠٦ سنة١٩٨٥ ديسمبر من ص٨إلى ص ١٢.

على ذلك. و لهذا قال الشيخ خليل في مختصره في باب الخلع، وألزمت البينونة إن قال: إن أعطيتني ألفا فارقتك؛ أو قال أفارقك إن فهم الالتزام أو الوعد إن ورطها. فالشرط في قوله إن ورطها راجع إلى الوعد. قال في التوضيح: كما لو باعت قماشها أو كسرت حليها. واللَّه تعالى أعلم[١].

(١) انظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام: الحطاب: من ص ١٥٤ ـ ١٥٩.

المبحث الرابع

مذهب مالك في الوفاء بالوعد

لما كان محل النزاع في البيع بالمرابحة للآمر بالشراء هو لزوم الوعد وعدم لزومه بين البنك والعميل، وكان المجيزون لهذه المعاملة يستندون إلى مذهب مالك في الوفاء بالوعد. فإن خلاصة المذهب في هذا الموضوع على الشكل الآتي:

في مذهب مالك أربعة أقوال فيما تتعلق بالالتزام بالوعد كما أسلفت قبل قليل، تفصيلها في الآتي:

ـ **القول الأول**: إن الوعد لا يلزم به شيء، وأن الوفاء به إنما هو من مكارم الأخلاق وفضائل الأعمال وهذا موافق للمذاهب الأخرى.

ـ **القول الثاني**: **عن** مالك وهو معلوم، بلزوم الوعد الواقع مطلقا؛ وهو مخالف للمذاهب الأخرى.

ـ **القول الثالث**: وهو قول بالتفصيل عن مالك بين الوعد الواقع على سبب فيلزم وما ليس على سبب فلا.

ـ **القول الرابع**: وهو المشهور؛ أنه إذا أدخل الموعود به في ورطة فإنه يلزم. وقد أجمل صاحب المنهج هذه الأقوال الأربعة بقوله:

هل يلزم الوفاء بالوعد نعم   أو لا نعم لسبب وإن لزم

فالمسألة هنا تدخل في قاعدة أن من التزم شيئا بسبب عمل الملتزم له الإتيان بما يلزمه إذا كان الملتزم (بكسر الزاي) يعلم بوجوب ذلك العمل على الملتزم له بدون مقابل[1].

ومجمع الفقه الإسلامي أجاز هذه المعاملة، (بيع المرابحة للآمر بالشراء) بشروط مذكورة في قرار المجمع وهو المبحث الثالث.

---

(١) انظر خلاصة المذهب المالكي في بحث الشيخ عبد الله المحفوظ بن بيه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة ٠٥؛ عدد ٥؛ ج ٤؛ ص ٢٦٧١.سنة ١٩٨٨.

المبحث الخامس

قرار مجمع الفقه الأسلامي في البيع بالمرابحة للآمر بالشراء

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ إلى ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ هـ/ ١٠ إلى ١٥ دجنبر١٩٨٨ بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء واستماعه للمناقشات التي دارت حوله.

يقـــرر:

أولاً: أن بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور وحصول القبض المطلوب شرعا هو بيع جائز؛ طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه.

ثانياً: الوعد وهو الذي يصدر من الآمر إلى المأمور على وجه الإفراد يكون ملزما للواعد ديانة إلا لعذر؛ وهو ملزم قضاء **إذا كان معلقا على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد**. ويتحدد أثر الالتزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلا بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

ثالثاً: المواعدة وهي التي تصدر من الطرفين تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما. فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز؛ لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه؛ حيث شرط عندئذ أن يكون البائع مالكا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده.

بناءا على ما سبق فإنني أرجح جواز هذه المعاملة بالشروط التي ذكرها مجمع الفقه الإسلامي تيسيرا على الناس في المعاملات المالية ومراعاة للتطور السريع الذي يطرأ على هذه المعاملات ما لم يخش الوقوع في الإثم.

ولأن كثيرا من الموظفين والطبقة العاملة ذات الدخل المحدود؛ يريدون شراء السكن أو السيارة أو التجهيزات المنزلية إلى غير ذلك؛ فإن شراء ما يحتاجون إليه عن طريق البيع بالمرابحة للآمر بالشراء جائز بالشروط المذكورة كما في قرار مجمع الفقه الإسلامي.

الفصل الخامس

التكييف القانوني لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك

المبحث الأول: الإيجار المنتهي بالتمليك

المطلب الأول: نشأة الإيجار المنتهي بالتمليك

المطلب الثاني: النصوص القانونية المؤطرة للإيجار المنتهي بالتمليك.

المطلب الثالث: صور الإيجار المنتهي بالتمليك في القانون. . .

المبحث الثاني: مفهوم التأجير في الفكر المالي المعاصر. .

المطلب الأول: تعريف مجلس مبادئ المحاسبة الأمريكي. . . .

المطلب الثاني: تعريف اتحاد التأجير في المملكة المتحدة سنة ١٩٧٨ م. . . . .

المطلب الثالث: تعريف الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية. . . .

المبحث الثالث: أنواع التأجير.

المطلب الأول: التأجير التشغيلي. . .

فرع: خصائص التأجير التشغيلي.

المطلب الثاني: التأجير التمويلي. . .

الفرع الأول: خصائص التأجير التمويلي. . .

الفرع الثاني: مزايا التأجير التمويلي. .

المبحث الرابع: تكيف صورة صيغة التأجير المنتهي بالتمليك قانونيا. .

المطلب الأول: صيغة العقد.

المطلب الثاني: موقف القانون من هذه الصيغة

المبحث الأول

الإيجار المنتهي بالتمليك

وتتم دراسة هذا المبحث من خلال المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول: نشأة الإيجار المنتهي بالتمليك

إن عقد الإيجار المنتهي بالتمليك هو عقد حديث نشأ وتطور في ظل القانون الوضعي؛ وعرف في القوانين الغربية بأسماء كثيرة: فأول ما عرف في فرنسا بـ«**الإيجار السلبي**»؛ ثم تطور مع تطور الحياة الاقتصادية فسمي **بالبيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى سداد الثمن**؛ ثم تطور مرة ثالثة إلى **الإيجار الساتر للبيع**؛ ثم تطور في المرحلة الرابعة والأخيرة إلى ما هو عليه الآن وهو: **الإيجار المقترن بالبيع**.

وهذا التطور في هذه الأسماء المذكورة للإيجار المنتهي بالتمليك ليس اعتباطيا؛ وليست تلك الأسماء من باب المترادفات التي لا تخدم أي غرض. بل تعدد الأسماء كما يشير إلى ذلك القانوني الدكتور السنهوري في شرحه للقانون المدني: حيث بين أن هذه التسميات التي كانت نتيجة تدرج نظرة المشرع لهذا العقد في محاولة لشرحه الهدف الذي يرمي إليه، والمصلحة التي يحرص على حمايتها؛وهي مصلحة البائع كما هو واضح. فهو يرمي إلى الاستيثاق من أن المشتري سيفي بالثمن كاملا في الوقت المحدد، وفي مقابل ذلك يشترط البائع أن تبقى ملكيته قائمة بشكل ما حتى وفاء المشتري بالتزامه بحيث يكون له الحق في:

أولاً: منع المشتري من تفويت الذات موضوع العقد.

ثانياً: أن يكون له الحق في استرجاع الذات عند عدم الوفاء في الوقت المحدد.

ثالثاً: أن يكون له الحق في الحصول على مقابل انتفاع المشتري بالذات في حالة عدم البيع.

المطلب الثاني: النصوص القانونية المؤطرة للإيجار المنتهي بالتمليك

تنص المادة (٤٣٠) من التفنين المدني على ما يأتي:

١ ـ إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى

المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع.

٢ ـ فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستوفي البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة (٢٢٤).

٣ ـ فإذا ما وفيت الأقساط جميعا فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستندا إلى وقت البيع.

٤ ـ وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع إيجارا(١).

وفي المغرب اعترف المشرع رسميا بهذا العقد بصدور ظهير شريف رقم ٢٠٢ ـ ٠٣ ـ ١ صادر في ١٦ من رمضان ١٤٢٤، ١١ نوفمبر ٢٠٠٣ بتنفيذ القانون رقم ٠٠.٥١ المتعلق بالإيجار المفضي إلى تمليك العقار(٢).

المادة الأولى: تطبق أحكام هذا القانون المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار على العقارات المنجزة والمعدة للسكنى.

المادة الثانية: يعتبر الإيجار المفضي إلى تملك العقار كل عقد بيع يلتزم البائع بمقتضاه تجاه المكتري المتملك بنقل ملكية عقار أو جزء منه بعد فترة الانتفاع به بعوض مقابل أداء الوجيبة المنصوص عليها في المادة ٨ من هذا القانون وذلك إلى حلول تاريخ حق الخيار.

المادة الثالثة: تبقى الأحكام المالية خارج نطاق تطبيق هذا القانون رقم ٦٧٩ المنظم للعلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني الصادر بتنفيذه للظهير الشريف رقم ٣١٥ ـ ٨٠ ـ ١ بتاريخ ١٧ من صفر ١٤٠١، ٢٥ ديسمبر ١٩٨٠ كما تم تغييره وتتميمه.

القانون رقم ٩٩.٦٤ المتعلق باستيفاء الوجيبة الكرائية الصادر بتنفيذه للظهير الشريف رقم ٢١١.٩٩.١ بتاريخ ١٣ من جمادى الأولى ١٤٢٠، ٢٥ أغسطس ١٩٩٩.

---

(١) لخصت هذا التكييف القانوني من الوسيط للدكتور السنهوري ج٤ص١٧٣ ـ ١٨٢، وبحث الشيخ عبد الله بن بيه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع٥ ـ ج٤ ـ ص٢٦٦٣ ـ ٢٦٦٧. ومجلة البحوث الفقهية المعاصرة ع ٤٨ سنة ٢٠٠٠ ـ ٢٠٠١ ص ٧ ـ ٨ ـ ٩. ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ع٦ سنة ١٩٩٠ ص ٣٠٨ ـ ٣١١.

(٢) الجريدة الرسمية عدد ٥١٧٢ فاتح ذي القعدة ١٤٢٤/ ٢٥ديسمبر ٢٠٠٣. و انظر: مدونة التجارة الطبعة: عربية فرنسية، سلسلة النصوص القانونية.

وفي المادة ٨: يتعين على المكتري المتملك أداء الوجيبة باعتبارها مبلغا يؤدى على دفعات مقابل تملك العقار أو جزء منه لاحقا. وتتكون الوجيبة وجوبا من جزءين: مبلغ متعلق بحق الانتفاع من العقار والآخر يتعلق بالأداء المسبق لثمن تملك العقار.

تم تحديد كل جزء باتفاق بين البائع والمكتري المتملك في عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار؛ ولا يؤخذ هذا التقسيم بعين الاعتبار إلا في حالة فسخ العقد.

وفي المادة ١٦: لا يتم إبرام عقد البيع النهائي إلا بعد أداء المبلغ المتبقي من ثمن البيع المتفق عليه في عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار.

يبرم هذا العقد وفق نفس الكيفية التي تم بها إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تمليك العقار كما هو مبين في المادة ٤ من هذا القانون.

هذه فقرات من القانون الذي ينظم عقد الإيجار المفضي إلى التمليك.

وفي مدونة التجارة[١] المادة ٤٣١ يعد عقد ائتمان تجاري وفق مقتضيات المادة ٨ من الظهير الشريف رقم ١٤٧.٩٣.١ الصادر في ١٥ من محرم ١٤١٤، ٦ يوليوز ١٩٩٣ المعتبر بمناسبة قانون يتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها:

كل عملية اكتراء للسلع التجهيزية والمعدات أو الآلات التي تمكن المكتري كيفما كان تكييف تلك العمليات من أن يتملك في تاريخ يحدده مع المالك كل أو بعض السلع المكراة لقاء ثمن متفق عليه يراعى فيه جزء على الأقل من المبالغ المدفوعة على سبيل الكراء والائتمان الاتجاري للمنقول.

إذا هذا العقد يسمى في القانون المغربي بالإيجار المفضي إلى التمليك. ويبدو من خلال ما سبق من القانون المدني في الفقرات الثلاث الأولى من المادة ٤٣٠ أن أول صورة لهذا العقد هو البيع بالتقسيط، فإذا باع تاجر عينا سيارة أو آلة من الآلات بثمن مؤجل وجب الدفع في ميعاد معين، أو ثمن مقسط أقساطا متساوية؛ واشترط البائع على المشتري أن يكون البيع معلقا على شرط واقف هو وفاء المشتري بالثمن المؤجل في الميعاد المحددة أو وفاؤه بالأقساط جميعا في المواعيد المتفق عليها؛ فإن البيع بهذا يكون صحيحا، ويجب إعمال الشرط حتى لو سلم البائع المبيع للمشتري قبل استيفاء أي قسط من أقساطه.

(١) مدونة التجارة سلسلة النصوص القانونية طبعة عربية فرنسية ط الأولى ١٩٩٩ دار المعرفة. ص ٢٢٦.

في هذه الحالة[١] تنتقل ملكية المبيع معلقة على شرطٍ واقف إلى المشتري، وسيبقي البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ. و كل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ هنا حادث واحد وهو أن يوفي المشتري بالثمن أو بأقساطه في الميعاد المحدد. فإذا فعل تحقق الشرط الواقف وانتقلت الملكية باتة بأثر رجعي إلى المشتري، وتحقق في الوقت ذاته الشرط الفاسخ وزالت الملكية عن البائع بأثر رجعي أيضا. ومن ذلك نرى أن البيع بالتقسيط هو صورة معكوسة لبيع الوفاء، إذ في بيع الوفاء يكون البائع هو المالك تحت شرط واقف والمشتري مالك تحت شرط فاسخ.

وقيل تحقق الشرط يكون المشتري كما قدمنا مالكا للمبيع تحت شرط واقف، ولا يمنع من وقف ملكيته أن يكون قد تسلم المبيع، فالذي انتقل إليه بالتسليم هو حيازة المبيع، أما ملكيته فانتقلت إليه بالبيع موقوفة؛ ولكن ذلك لا يمنع المشتري من أن يتصرف في هذه الملكية الموقوفة، ويكون تصرفه هو أيضا معلقا على شرط واقف، وإذا كان المبيع منقولا، كما هو الغالب وتصرف فيه المشتري تصرفا باتا لمشتر حسن النية لا يعلم أن ملكية المشتري معلقة على شرط واقف فقد يملكه المشتري من المشترى منه تمليكا باتا بوجوب الحيازة. ولا يعتبر المشتري في هذه الحالة مبددا؛ فالتبديد يقتضي قيام عقد معين بالإيجار أو العارية أو الوديعة أو الرهن؛ وليس البيع بالتقسيط من بين هذه العقود، ولو أفلس المشتري والشرط لا يزال معلقا، كان الباقي من الثمن دينا في التفلسة[٢].

ولا يستطيع البائع من جهة أخرى أن يسترد المبيع من التفليسة فهذان أمران يجريان على غير ما يشتهي البائع: عدم اعتبار المشتري مبددا؛ إذا تصرف في المبيع، وعدم استطاعة البائع استرداد المبيع عينا من التفليسة.

وحتى يتجنب البائع المحظورين: عدم اعتبار المشتري مبددا إذا تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن؛ وعدم استطاعة البائع استرداد العين من تفليسة المشتري. يعمد في كثير من الأحيان أن يخفي البيع بالتقسيط تحت ستار عقد الإيجار، فسمي البيع إيجارا؛ وغرضه من ذلك ألا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد العقد، وبسبب هذه الملكية المعلقة على شرط واقف التي كانت هي المانعة من اعتبار المشتري مبددا ومن استرداد البائع المبيع من التفليسة، يصف المتعاقدان العقد بأنه

---

(١) انظر الوسيط ٤/ ١٧٣.

(٢) انظر بحث الدكتور حسن علي الشاذلي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي. ع: ٥ ـ ج: ٤ ـ س: ١٤٠٩/ ١٩٨٨ ـ ص: ٢٦١٣ فما فوق.

إيجار؛ ويصفان أقساط الثمن بأنها هي الأجرة مقسطة؛ ثم يتفقان على أنه إذا وفى المشتري بهذه الأقساط انقلب الإيجار بيعا وانتقلت ملكية المبيع باتة إلى المشتري(١).

المطلب الثالث: صور الإيجار المنتهى بالتمليك في القانون

للإيجار المنتهي بالتمليك عدة صور تدور حول ما اتفق عليه المتعاقدان؛ وأوضح بعضها فيما يلي:

أولاً: أن يصاغ العقد على أنه عقد إجارة ينتهي بتملك الشيء المؤجر إذا رغب المستأجر في ذلك مقابل ثمن يتمثل في المبالغ التي دفعت فعلا كأقساط إيجار لهذا الشيء المؤجر خلال المدة المحددة؛ ويصبح المستأجر مالكا: أي مشتريا للشيء المؤجر تلقائيا بمجرد سداد القسط الأخير دون حاجة إلى إبرام عقد جديد.

ويمكن أن تتصور صياغة العقد على الوضع التالي:

* **الصورة الأولى**: أجرتك هذه السلعة بأجرة في كل شهر ـ أو عام ـ هي كذلك لمدة خمس سنوات مثلا؛ على أنك إذا وفيت بهذه الأقساط جميعها في السنوات الخمس كان الشيء المؤجر ملكا لك مقابل ما دفعته من أقساط الأجرة في هذه السنوات، وقال الآخر: قبلت.

* **الصورة الثانية**: يصاغ العقد على أنه عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في مقابل أجرة محددة في مدة محددة للإجارة على أن يكون للمستأجر الحق في تملك العين المؤجرة في نهاية مدة الإجارة مقابل دفع مبلغ هو كذا.

ويمكن أن تتصور صيغة هذا العقد على النحو التالي:

أجرتك هذه السلعة لمدة كذا بأجرة هي كذا على أنك إذا وفيت بسداد هذه الأقساط خلال هذه المدة؛ بعتك هذه السلعة

إذا رغبت في ذلك بثمن هو كذا؛ ويقول الآخر: قبلت. وهذه الصورة يمكن تفريعها إلى صورتين:

إحداهما: يكون فيها الثمن المحدد لبيع السلعة ثمنا رمزيا.

والثانية: يكون ثمنا حقيقيا.

---

(١) انظر: بحث الشيخ عبد الله بن بيه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي؛ عدد ٥ ـ ج ٤ ـ ص ٢٦٦٣ إلى ٢٦٦٥.

* **الصورة الثالثة**: أن يصاغ العقد على أنه عقد إجارة طبقا للصورة الثانية إلا أنه في نهاية مدة الإجارة يكون للمستأجر الحق في ثلاثة أمور:

الأول: تملك هذه الأعيان المؤجرة مقابل ثمن يراعى في تحديده المبالغ التي سبق له دفعها كأقساط الإيجار، وهذا الثمن محدد عند بداية التعاقد؛أو بأسعار السوق عند نهاية العقد.

الثاني: مد مدة الإجارة لفترة أو لفترات أخرى.

الثالث: إعادة الأعيان المؤجرة إلى المؤسسة المالكية والمؤجرة لها.

وهذا النوع من التعاقد هو تطور حديث للإيجار المنتهي بالتمليك وهو ما سمي بعقد الليزينك(١)، أو عقد تمويل المشروعات؛ومن خلاله يمكن أن يوكل البنك العميل في شراء هذه السلعة من الجهة المسجلة لها طبقا للمواصفات المتفق عليها كما وكيفا(٢).

إذ أن عقد الإيجار المنتهي بالتمليك مركب من عدة عقود تسمى إيجارا لئلا تترتب عليه آثار عقد البيع؛ وهذا العقد فيما يظهر ليس بيعا محضا ولا إجارة محضة؛فالإجارة ليس لها تمليك؛ ولكنها تنتهي بانتهاء مدة العقد.

والبيع لا يتم حتى يسلم البائع العين المباعة للمشتري يتصرف فيها تصرفا تاما(٣).

إذا كان الأمر كذلك نتساءل ونقول ما هو التأجير في الفكر المالي المعاصر؟

---

(١) الليزينك، و يطلق عليه باللغة الأجنبية: Leasing.

(٢) انظر بحث الدكتور حسن علي الشاذلي في مجلة المجمع الفقه الإسلامي ع٥ج٤ سنة ١٤٠٩ ـ ١٩٨٨ عنوان البحث الإيجار المنتهي بالملكية من ص ٢٦١٣ إلى ٢٦١٥ وانظر أيضا: البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية للدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل مطبوعات جامعة الكويت س: ١٩٨٤ ص ٣٠٣.والوسيط في شرح القانون المدني «البيع» ٤/ ١٧٧.

(٣) انظر: مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ع٤٨ س٢٠٠٠ ـ ٢٠٠١ص٧.

المبحث الثاني

مفهوم التأجير(١) في الفكر المالي المعاصر

إن الأصول الرأسمالية المتجلية في شكل عقارات أو منقولات تحقق أرباحا طائلة بسبب استخدام هذه الأصول؛ وليس بسبب ملكيتها. وهو مبدأ أساسي لعملية التأجير حيث يكون الفصل بين الملكية القانونية والملكية الاقتصادية للأصل. لأن المالك القانوني الذي هو المستأجر في الحصول على تدفقات نقدية كافية تمكنه من الوفاء بالتزامه بدفع القيمة الإيجارية أكثر من اعتماده على أصول المستأجر أو رأس ماله، لذلك بفضل الائتمان المصرفي التقليدي صيغة التأجير مصدرا تمويليا بديلا عن الائتمان طويل الأجل.

على هذا الأساس عرف التأجير في المؤسسات المالية تعريفات. أذكر بعضها لإدراك الحقيقة من خلالها.

المطلب الأول: تعريف مجلس مبادئ المحاسبة الأمريكي

التأجير هو: عقد اتفاق بين المؤجر والمستأجر بمقتضاه ينتقل إلى المستأجر حق استخدام ملكية معينة حقيقية أو معنوية، مملوكة للمؤجر لمدة محددة من الزمن مقابل العائد المتعاقد عليه.

المطلب الثاني: تعريف(٢) اتحاد التأجير في المملكة المتحدة سنة ١٩٧٨م

التأجير هو عقد بين مؤجر ومستأجر من أجل استئجار أصل محدد لدى مورده أو شركة صناعية مختصة بمثل هذا الأصل؛ تم اختياره بمعرفة المستأجر ويحتفظ المؤجر بملكية الأصل ويكون للمستأجر حيازة الأصل واستخدامه مقابل دفع أجرة محددة لفترة زمنية.

المطلب الثالث: تعريف الإتحاد الدولي للبنو ك الإسلامية

التأجير وسيلة تمويلية تجمع بين صيغة البيع وصيغة التأجير؛ وتقوم على

(١) انظر الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر لمحمد العزيز حسن زيد ص: ٢٣، وانظر أيضا مجلة البنوك الإسلامية العدد ١٣ شوال ١٤٠١/ ١٩٨١.

(٢) انظر المرجع السابق ص ٢٣ ـ ٢٤.

أساس اتفاق طرفين على بيع أحدهما للآخر سلعة معينة؛ ويحددان قيمتها تحديدا نهائيا، أي أن هذه العلاقة لا تحدث آثارها فتنتقل ملكية السلعة المبيعة إلى المشتري الجديد مباشرة، ولكن تظل العلاقة بينهما محكومة بقواعد عقد الإجارة لحين إتمام المشتري سداد أقساط إيجارية تعادل قيمة ثمن المبيع عليه.

هذا في التأجير المنتهي بالتمليك لا في جميع صيغ التأجير. عند ذلك تنتقل ملكية السلعة نهائيا إلى المشتري ويصبح له كامل الحقوق فيها.

ومن ثم إذا حدثت أسباب معينة تؤدي إلى فسخ العقد وإنهاء هذه العلاقة؛يكون من حق البائع الاحتفاظ بملكية السلعة ويكون المشتري قد انتفع بالسلعة في مقابل القيمة الإيجارية المدفوعة؛ أي أن السلعة تنتقل بالفعل منذ بدء العلاقة إلى المشتري للانتفاع بها انتفاعا تاما مقابلا للقيمة الإيجارية المدفوعة إلى البائع.

إن التعريفين السابقين عرفا التأجير بصفة عامة دون التركيز على الإيجار المنتهي بالتمليك. أما تعريف الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية فتناول تعريف التأجير في صيغة الإيجار المنتهي بالتمليك.

وللمزيد من التوضيح أقوم بالتمييز بين أنواع التأجير لتحديد صورة الإيجار المنتهي بالتمليك.

المبحث الثالث

أنـــواع التـــأجــير(١)

بناء على ما سبق فإن التأجير يقسم إلى نوعين: تأجير تشغيلي وتأجير تمويلي. لهذا سأتناول هذا المبحث في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: التأجير التشغيلي

تكون مدة التأجير التشغيلي أقل من عمر الأصل؛ وليس العمر الاقتصادي كالسيارات والأجهزة الإلكترونية والطائرات بأنواعها حيث تؤجر للأشغال وليس للتمليك.

ويتميز أيضا هذا التأجير بأن المؤجر يتحمل تكلفة الصيانة والإصلاح ويضيفها إلى مبالغ الإيجار.

بناء على ذلك فإن المستأجر لا يدفع التكلفة الرأسمالية للأصل خلال فترة التأجير، والمؤجر لا يعتمد على أرباحه في دفع الالتزامات الإيجارية فحسب، ولكنه يعتمد أيضا على عمليات التأجير المتقلبة وبيع الأصل نفسه.

ويطلق على هذا النوع أيضا تأجير الخدمات الذي لا يحقق عائدا كاملا ولا يكون هناك ارتباط بالعمر الاقتصادي ـ كما بينت سلفاـ للأصول المؤجرة وفترة عقد الإيجار.

ويدخل ضمن هذا النوع تأجير العمارات حيث أن الملاك يقومونها لهذا الغرض.

فرع: خصائص التأجير التشغيلي

١ ـ إن فترة العقد على تأجير الأصل لا تغطي العمر الاقتصادي له وإنما تغطي جزءاً منه.

٢ ـ إن المؤجر في حالة التأجير التشغيلي يكون عادة مسؤولا عن صيانة الأصل وإجراء التأمين اللازم عليه.

---

(١) لخصت هذا الموضوع من كتاب الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر لمحمد عبد. العزيز حسن زيد. ط الأولى ١٩٩٦ مطبوعات المعهد العالمي للفكر الإسلامي رقم ٩.

٣ ـ يتحمل المؤجر مخاطر عدم صلاحية الأصول المؤجرة للاستعمال سواء بالإهلاك أو بتقادمها عن مسايرة التطورات العلمية والتكنولوجية.

٤ ـ في العادة لا يكون للمستأجر فرصة اختيار شراء الأصل في نهاية مدة التعاقد.

أخيرا إن التأجير التشغيلي لا يندرج تحت أعمال الوساطة المالية.

ملاحظة: إن هذا التأجير التشغيلي لم يكن هدف هذا البحث في الدراسة؛ وإنما عرجت عليه لبيان النوع الثاني الذي هو التأجير التمويلي.

ثم إن هذا التأجير التشغيلي تتوفر فيه شروط الإجارة التي يتطلبها الفقه الإسلامي ويدخل في إطار الجواز.

المطلب الثاني: التأجير التمويلي

إن التأجير التمويلي هو الأم التي ولدت الإيجار المنتهي بالتمليك وهو المقصود من هذه الدراسة وهو يتميز بما يلي:

إن المؤجر في التأجير التمويلي يقوم بتقديم خدمة تمويلية؛ كاشتراء الآلة المختارة للمستأجر الذي يستخدمها لفترة ثابتة عادة ما تكون أقصر من العمر الافتراضي للأصل الذي تتحقق فيه المنفعة من الأصل.

وإن المدفوعات التي يدفعها المستأجر تغطي التكلفة الرأسمالية الكلية للأصل؛ علاوة على تقديم ربح للمؤجر نظير الخدمة المالية التي يقدمها.

والمستأجر هو الذي يتحمل المخاطر الناتجة عن حدوث خسارة مادية؛ أو تلف فني؛ أو اقتصادي في الأصل؛ ولو كانت الملكية القانونية للأصل لاتزال في حوزة المؤجر خلال فترة التأجير.

وإن المستأجر يلتزم بدفع كل رسوم الصيانة والضرائب وعادة ما يندرج هذا التأجير تحت أعمال الوساطة المالية.

الفرع الأول: خصائص[١] التأجير التمويلي

لهذا التأجير التمويلي خصائص يتميز بها؛ وهي:

١ ـ إن مدة الإيجار تكون طويلة وغير قابلة للإلغاء بحيث تغطي الدفعات الإيجارية على مدى فترة التعاقد لأنها دفعات لشراء الأصل مع زيادة ربح المؤجر.

٢ ـ المؤجر في التأجير التمويلي ليس هو المنتج للأصل وإنما وظيفته تقديم التمويل.

---

(١) المصدر السابق ص ٣٠.

فحينما تحتاج منشأة ما إلى أصل كسيارة مثلا أو طائرة فإنها تتفق مع شركة التأجير التمويلي لتشتري هذا الأصل المحتاج إليه من المنتج لتأجيره. والمنشأة التي تستأجر تتحمل أعمال الصيانة اللازمة للأصل المستأجر وفقا لشروط التعاقد؛ كما أنها تلتزم بالتأمين عليه لصالح المؤجر.

٣ ـ إن الأصل الذي تشتريه شركة التمويل يختاره المستاجر فهو الذي يحدد للمنتج أو المورد المواصفات التي يريدها في الأصل وموعد ومكان التسليم، ولا دخل للمؤجر في شيء من ذلك.

لذلك يتحمل المستأجر المخاطر التي تنتج من الأصل سواء كانت فنية أو اقتصادية؛ **لكون ذلك باختياره وليس باختيار شركةالتمويل**.

بناءا على ذلك يتحمل المستأجر ما يلي:

١ ـ مسؤولية قدم الأصل أو المعدة؛ أو صيرورتها غير حديثة وغير متمشية مع التطورات التقنية الحديثة على عاتق المستأجر.

٢ ـ يتحمل المستأجر المسؤولية عن مدى ملاءمة الأصل أو المعدات لأغراضه؛ واستعماله؛ ومدى مقابلة شروطها لحاجته؛ ما دام هو الذي يحدد مواصفات الأصل كما ذكرت سابقا. ويتحمل مسؤولية الصيانة والتأمين.

٣ ـ إذا قام المستأجر بدفع الأجرة في مواعيدها؛ فله مطلق الحق في استعمال الأصل خلال مدة التأجير.

٤ ـ حينما تنتهي مدة الإجارة التي لا تقبل الإلغاء للمستأجر حق شراء الأصل مع مراعاة ما قدم من دفعات الإيجار التي تسمى ثمن البيع مخافة التبديد؛ أو تمديد مدة الإيجار بأجرة منخفضة أو رد العين.

بعد ذكر خصائص هذا التأجير أنتقل باختصار شديد إلى إيراد بعض مزاياه.

الفرع الثاني: مزايا التأجير التمويلي(١)

أقسم مزايا هذا التأجير إلى مزايا متعلقة بالمستأجر ومزايا متعلقة بالمؤجر.

* أولاً: مزايا التأجير التمويلي المتعلقة بالمستأجر:

١ ـ التأجير التمويلي يوفر الإمكانية لصيغ التأجير للتمويل المتوسط أو الطويل خاصة في الدول التي تملك أسواقا مالية نامية لتأجير المعدات الرأسمالية.

---

(١) المصدر نفسه ص ٣٣.

٢ ـ يعتبر هذا التأجير غطاء لأسلوب التأجير التمويلي لتأجير الأصول المستأجرة بنسبة ١٠٠ في ١٠٠من قيمتها حيث لا يتطلب أن يدفع المستأجر جزءا من ثمنه مقدما؛ في حين أن القروض المصرفية عادة ما تقدم أقل من هذه النسبة بكثير؛ كما أنها غالبا ما تتطلب ضمانات حتى يمكن منح التسهيل الائتماني.

٣ ـ **التكلفة**: التكلفة الكلية للتأجير يمكن أن تكون أقل منها في حالة التمويل المصرفي التقليدي، فعلى الرغم من أن تكلفة الفائدة الكلية في عقد التأجير قد تكون أكثر ارتفاعا إلا أن البنوك عادة ما تطلب ضمانات أكثر وعددا أكبر من المستندات كما أن البنوك بصفة عامة قد تأخذ وقتا أطول حتى تكون العمليات قيد التنفيذ.

٤ ـ **التدفقات النقدية**: يمكن تصميم نموذج وحجم المدفوعات التأجيرية ليلائم الاحتياجات الخاصة بالمستأجر.

٥ ـ **المزايا الضريبية**: يتم خصم كامل قيمة الدفعات الإيجارية من أرباح المستأجر وصولا إلى صافي الربح الخاضع للضريبة؛ وهذه الدفعات تكون عادة أكبر من قسط الإهلاك المسموح بخصمه من قبل مصلحة الضرائب، ومن ثم يحقق التأجير ميزة منخفضة القيمة؛ وإن تم الاستمرار في الحصول على المزايا الضريبية على أساس المال المستثمر من خلال أسلوب التأجير؛ بحيث أن المؤجر يحتفظ بالملكية القانونية للأصل فهو يستحق المزايا الضريبية التي تتجاوزه لتسري أيضا على المستأجر في صورة مدفوعات إيجارية منخفضة القيمة.

٦ ـ **المركز المالي**(١): من شأن التأجير التمويلي تحسين مركز السيولة للمستأجر وعدم إرهاقه بالديون. ففي حالة التأجير لا تظهر قيمة الأصل في ميزانية المستأجر وإنما تنعكس عملية التأجير حاليا في حساب الأرباح والخسائر فقط؛ وتمثل الدفعات المدفوعة إحدى بنود المصروفات وذلك على عكس المال إذا اقترضت الشركة لشراء هذا الأصل بدلا من التأجير، فعندئذ تظهر قيمة الأصل في جانب الأصول من الميزانية وتظهر المبالغ المقترضة في جانب الخصوم؛ وهذا بدوره يؤثر على النسب التحليلية المستخرجة من المركز المالي.

٧ ـ **بديل جديد**: يعتبر أسلوب التأجير التمويلي بديلا جيدا للحصول على المعدات والأصول المطلوبة لعمليات التوسع والإحلال عن طريق زيادة رأس المال

---

(١) المصدر السابق ص ٣٢ ـ ٣٣.

بإصدار أسهم جديدة أو عن طريق الاقتراض لآجال طويلة؛ خاصة في الحالات التي لا يكون فيها سوق المال مستجيبا للطلب المتزايد فيه على الأموال؛ أو في الحالات التي لا يكون متاحا فيها للبنوك أن تتوسع في منح الائتمان وفقا للسياسة التي يتبعها البنك المركزي.

٨ ـ **حرمة الفوائد الربوية**: بفضل أسلوب التأجير التمويلي كأسلوب تمويلي أفضل من الاقتراض بالفوائد الربوية التي تمر منها الأديان السماوية.

* ثانياً: مزايا التأجير التمويلي[١] المتعلقة بالمؤجر:

١ ـ يستفيد المؤجر من عملية التأجير التمويلي من توظيف أموال في الاقتصاديات المعاصرة التي تعتمد على استخدام الأجهزة والمعدات الإنتاجية ذات القيمة الرأسمالية المالية العالية.

٢ ـ يجد التأجير قبولا عاما من جمهور المستفيدين بحيث يوفر استقرارا للمؤجر في أحوال التضخم والانكماش والازدهار والركود الاقتصادي؛ بحيث لا يؤثر هذا العنصر الأخير كثيرا على مؤجري المعدات ويجنبهم مخاطر النتائج المترتبة عليه.

٣ ـ توفر شروط التعاقد مرونة كبيرة بين المؤجر والمستأجر، بحيث يمكن للمؤجر اختيار العميل الذي تتوافق احتياجاته مع طبيعة الخدمة التي يقدمها المؤجر.

٤ ـ يوفر للمؤجر تدفقا نقديا مستمرا طوال فترة التعاقد.

٥ ـ يحمل التأجير التمويلي المستأجر كل تكلفة الصيانة اللازمة للمحافظة على الأصول المؤجرة مع تحمل تكلفة التأمين كما يحمله كل مخاطر الملكية.

٦ ـ يحتفظ التأجير التمويلي مع ذلك بملكية الأصل أو بحق الرقابة للمؤجر؛ حيث يمكنه استرجاع الأصل في حالة عدم سداد المستأجر لباقي الأقساط أو عند الإخلال ببعض شروط التعاقد.

٧ ـ يخول التأجير التمويلي للمؤجر الحصول على عوائد مجزية على قيمة المدفوعات الرأسمالية للأصول المؤجرة بالإضافة إلى عائد حجز عن هذه القيمة وعائد عن الفترة الزمنية للأقساط.

٨ ـ يستطيع المؤجر بعد انتهاء فترة التعاقد البحث عن فرص أفضل للتأجير؛ وقد

(١) المصدر السابق ص ٣٢.

يتضمن التعاقد التأجير مرة أخرى؛ وبذلك يضمن استثمار قيمة الأصل حتى تنتهي حياته الإنتاجية.

إضافة إلى هذا كله يساعد التأجير التمويلي على إقامة مشروعات جديدة أو على توسعات في المشروعات القائمة وزيادة فرص العمالة في المجتمع؛ وهذه وظيفة اقتصادية اجتماعية هامة؛ وتحسين نوعية الإنتاج.

مع هذه المزايا الاقتصادية لهذا التأجيرالتمويلي فإنه لم يكن محل اتفاق عند القانونين كما سبق في مادة ٤٣٠ من القانون المدني: إن الإيجار المنتهي بالملكية اسم للإيجار الساتر للبيع أو الإيجار المقترن بوعد البيع؛ويعدونه مرحلة تالية لصورة البيع بالتقسيط تدرج فيها إلى صورة الإيجار المباشر للبيع ثم تدرج إلى صورة ثالثة هي الإيجار المقترن بوعد بالبيع.

والغاية التي يهدف البائع إليها من وراء ذلك هي أولاً أن يأمن من تصرف المشتري بالمبيع؛لأنه لو تصرف في الصورتين السابقتين لكان مبددا باعتباره مستأجرا لا مالكا ولا مشتريا. وأما الأمر الثاني فهو أن يأمن مزاحمة الدائنين الآخرين في حالة إفلاس المشتري؛ لأنه لو أفلس وهو لا يزال مستأجرا فإن البائع لا يزال مالكا للمبيع فيستطيع أن يسترده[١].

(١) انظر البحث السابق للشيخ عبد الله بن بيه.

المبحث الرابع

تكييف صورة
صيغة التأجير المنتهي بالتمليك قانونيا

وأتناوله من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: صيغة العقد

يقول البائع (المؤجر): أجرتك هذه السلعة بأجرة في كل شهر أو كل عام لمدة خمس سنوات مثلا؛ على أنك إذا التزمت سداد هذه الأقساط خلال هذه المدة بعتك هذه السلعة إذا رغبت في ذلك بثمن حقيقي. قال المشتري (المستأجر): قبلت.

الناظر في هذه الصيغة يجد أنه تم الاتفاق على ثمن حقيقي للمبيع بيعا إيجاريا إذا رغب المستأجر في الشراء بعد انتهاء المدة الإيجارية وسداد جميع الأقساط التجارية فهو عقد احتوى على عقد إجارة وعقد بيع.

المطلب الثاني: موقف القانون من هذه الصيغة

الصيغة مكونة من عقد إجارة ناجز مقترن بشرط فاسخ وعقد بيع معلق على شرط هو سداد الأقساط الإيجارية خلال المدة المحددة لعقد الإجارة.

واختلف القانونيون في تكييف هذا العقد. فالدكتور السنهوري: يرى حسم التقنين المدني الجديد لهذه المسألة بنص صريح؛ فقد كانت مسألة خلافية في التقنين المدني السابق.

فذهب رأي إلى أن عقد الإيجار المقترن بشرط فاسخ ومصحوبٍ ببيعٍ معلقٍ على شرطٍ واقفٌ. على حين ذهب رأي آخر إلى اعتبار العقد مركبا؛ يهدف إلى غرضين مختلفين في وقت واحد: نقل الملكية إلى المشتري وتأمين البائع عن إعساره؛ ولا يمكن الفصل ما بين الغرضين دون أن نشوه إرادة المتعاقدين. ومن ثم يكون العقد عقدا غير مسمى[١].

الذي يبدو من خلال ما سبق أن القانونيين اختلفوا في تكييف هذا العقد

(١) انظر: الوسيط: السنهوري: ٤/ ١٧٩.

لاختلاف الإرادة الظاهرة مع الباطنة. وهو موقف يتقاطعون فيه مع رأي الفقهاء خاصة عند القاعدة المشهورة عندهم «هل العبرة في العقود بالمعاني أم بالألفاظ والمباني؟».

وإذا كان الأمر كذلك في رأي القانون؛ فما موقف الفقه الإسلامي من هذا العقد الجديد؟ وهو ما سأبحثه في الفصل الموالي.

الفصل السادس

التكييف الفقهي لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك

المبحث الأول: تعريف الإجارة في اللغة والشرع . . .

المطلب الأول: تعريف الإجارة لغة . .

المطلب الثاني: تعريف الإجارة شرعا . .

المبحث الثاني: حكم الإجارة من القرآن الكريم والسنة النبوية .

المبحث الثالث: هل تقع الإجارة على الذوات كما تقع على المنافع .

المبحث الرابع: تحرير مصطلحي الإيجار المنتهي بالتمليك

المطلب الأول: مفهوم الائتمان .

المطلب الثاني: مفهوم التمليك . .

المطلب الثالث: مفهوم الإيجار المنتهي بالتمليك

لقد سبق في الفصل السابق أن هذا العقد نشأ في بيئة غير إسلامية؛ وتناوله القانون الوضعي بالبحث والدراسة لتكييفه لكونه عقدا جديدا يجمع بين عقد البيع والإيجار. ويتخذ فيه الإيجار ستارا للبيع لتحقيق غرض المؤجر وهو مخافة تبديد الأصل والاستفادة من الخدمة المالية المبنية على العمر الاقتصادي للأصل؛ وليس العمر المفترض له الذي هو مادة الإيجار التشغيلي. والبحث في هذا العقد من الناحية الفقهية يقتضي معرفة مجموعة من القضايا المرتبطة بالبيع والإيجار.

ومن المعلوم أني قدمت في البحث قسما كبيرا فيما يتعلق بمعرفة ماهية العقد والشروط المرتبطة به في فصل: حرية الاشتراط. كما تناولت مجموعة من القضايا التي تتناول محل العقد. وتحديد الثمن يعتبر المادة النظرية التي نستهدف منها فهم جميع العقود المستحدثة التي من بينها عقد الإيجار المنتهي بالتمليك.

وبما أنه سبق بيان عقد البيع وما يكتنفه من تطور؛ فإن هذا التكييف يستلزم بيان عقد الإجارة في إطار معرفة عقد الإيجار في ثوبه الجديد كما سبق بيانه في الفصل المخصص للتكييف القانوني لهذا العقد.

وهكذا سأتناول هذا الفصل من خلال المباحث الأربعة التالية:

المبحث الأول: الإجارة في اللغة والشرع

المطلب الأول: تعريف الإجارة في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف الإجارة في الشرع.

المبحث الثاني: حكم الإجارة من القرآن الكريم والسنة النبوية.

المبحث الثالث: هل الإجارة تقع على الذوات كما تقع على المنافع.

المبحث الرابع: تحرير مصطلح الإيجار المنتهي بالتمليك.

المطلب الأول: مفهوم الائتمان

المطلب الثاني: مفهوم التمليك

المطلب الثالث: مفهوم الإيجار المنتهي بالتمليك

المبحث الأول

تعريف الإجارة في اللغة والشرع

المطلب الأول: تعريف الإجارة لغة

قال ابن منظور: أجر: الأجر: الجزاء على العمل والجمع أجور. والإجارة: من آجر يآجر وهو ما أعطيت من أجر في عمل. والأجر: هو الثواب. وقد آجره اللَّه بأجره ويآجره أجرا وآجره اللَّه إيجارا.

وأتجر الرجل: تصدق وطلب الأجر. وفي الحديث في الأضاحي: كلوا وادخروا وأتجروا؛ أي تصدقوا طالبين للأجر بذلك. قال ولا يجوز فيه اتجروا بالإدغام لأن الهمزة لا تدغم في التاء لأنه من الأجر لا من التجارة. . . إشارة للحذق. . وأجر المملوك يأجره أجرا فهو مأجور، وآجره يؤجره إيجارا ومؤاجرة؛ وكل حسن من كلام العرب.

وآجرت عبدي أؤجره إيجارا فهو مؤجر؛ وآجر المرأة مهرها وفي التنزيل: ياأيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن، وآجرت الأمة البغية نفسها مؤاجرة: أباحت نفسها بأجر؛ وأجر الإنسان واستأجره، والأجير: المستأجر وجمعه أجراء.

وأنشد أبو حنيفة:

وجون تزلق الحدثان فيه إذا أجراؤه نحطوا أجابا

والاسم منه: الإجارة، والأجرة: الكراء. . .

الإجارة مصدر آجر بمعنى الكراء؛ والإجارة من السوء مصدر أجار بالألف إجارة كأعاذ إعاذة، وقد غلب ما كان على وزن الفعالة بالكسر للصنائع نحو: الصناعة والخياطة والتجارة، وما كان على وزن الفعالة بالفتح لأخلاق الناس الجبلية نحو السماحة والشجاعة والفصاحة. وما كان على وزن الفعالة بالضم لما يطرح من المحقرات نحو الكناسة والقلامة والنخالة(١).

وتعتبر آجر على وزن أفعل وليست على وزن فاعل كما يتوهم كثير ممن يتعرض لهذا المصطلح، وقد بين أمرها أئمة اللغة وخطأوا من ذهب إلى اعتبار وزنها

(١) لسان العرب مادة آجر ج ١ ص٧٧ ـ ٧٨.

من باب فاعل، جاء في حاشية ابن عابدين: «الإجارة بكسر الهمزة هو المشهور،وحكى الرافعي ضمها، وقال صاحب المحكم هي بالضم اسم للمأخوذ مشتقة من الأجر وهو عوض العمل،ونقل عن ثعلب الفتح فهي مثلثة الهمزة.، وفي تكملة البحر للعلامة عبد القادر الطوري:لو قال الإيجار لكان أولى؛لأن الذي يعرف هو الإيجار الذي هو بيع المنافع لا الإجارة التي هي الأجرة.وقال القاضي زاده: ولم يسمع في اللغة أن الإجارة مصدر ويقال أجَّره إذا أعطاه أجرته؛ وهي ما يستحق على عمل الخير. وفي الأساس: آجرني داره واستأجرتها وهو مؤجر ولا تقل مؤاجر فإنه خطأ وقبيح.قال: وليس آجر هذا فاعل بل هو أفعل.اه»(١)

ومن أئمة اللغة الذين ضبطوا مفهوم الإجارة، نذكر نماذج للتدليل على معناها وصحة ما نصصت عليه:

* قال ابن الأثير في(النهاية): آجره يؤجِرُه إذا أثابه وأعطاه الأجر والجزاء. وكذلك:أَجَرَه يَأجُره، والأمر منهما:آجِرْني وأجُرْني»(٢).

* وقال النسفي في (طلبة الطلبة): «المؤاجرة: تمليك منافع مقدرة بمال. والاستجار تملك ذلك. وقد آجرته الدار شهرا بكذا. واستأجرها هو مني بكذا. وأجرته إجارة من حد دخل، أي جعلت له أجرا»(٣).

* وقال البسطامي في (الحدود والأحكام): «الإجارة شرعا عبارة عن تملك المنافع بعوض. وقد تفسر الإجارة ببيع نفع معلوم بعوض كذلك»(٤).

قال صاحب الذخيرة: قال صاحب التنبيهات: هي بيع المنافع ويقال آجر بالمد والقصر، وأنكر بعضهم المد، وهو منقول.

وأصل هذا كله: الثواب. وفي الصحاح:الأجرة: الكراء.قلت ولما كان أصل هذه المادة الثواب على الأعمال وهي منافع خصصت الإجارة ببيع المنافع على قاعدة العرب في تخصيص كل نوع تحت جنس باسم لتحصيل التعارف عند الخطاب؛ كما صنعت في السلم والصرف وغيرهما مع اندراجها تحت المعاوضة(٥).

---

(١) حاشية ابن عابدين: ج٥/ ص ٠٢.و انظر: المصباح المنير: الفيومي: ص٠٢.
(٢) النهاية في غريب الحديث و الأثر: ج ١/ ص٢٦.
(٣) طلبة الطلبة: النسفي: ص ٢٦١.
(٤) المغرب: المطرزي:١/ ص ٢٨. وأنيس الفقهاء: ص ٢٥٩.
(٥) الذخيرة: القرافي: ٥/ ٣٧١؛ والشرح الكبير للدسوقي:٥/ ٣٣٤.

المطلب الثاني: تعريف الإجارة في الشرع

الإجارة هي: تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض؛ غير أنهم سموا العقد على منافع الآدمي وما ينقل عبر السفن والحيوان إجارة؛ والعقد على منافع ما لا ينقل كالأرض والدور وما ينقل من سفينة وحيوان كالرواحل كراء في الغالب فيهما[(١)].

ويطلق على دافع المنفعة المؤجر؛ وآخذها المستأجر؛ والعوض الذي يدفعه المستأجر في مقابل المنفعة التي يأخذها منه بالأجر.

وعرفها ابن القيم: عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم[(٢)].

أما الكساني فقدعرف الإجارة بقوله: «وأما معنى الإجارة، فالإجارة بيع المنفعة لغة، ولهذا سماها أهل المدينة بيعا وأرادوا به بيع المنفعة، ولهذا سمي البدل في هذا العقد أجرة وسمى اللَّه بدل الرضاع أجرا بقوله: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٠٦][(٣)].

من خلال التعاريف التي أتيت بها للإجارة يتبين أن أركانها عند أهل العلم مثلها مثل البيع، يقول ابن الحاجب: «الإجارات كالبيع فيما يحل ويحرم»[(٤)].

وذهب الحنفية إلى أن أركانها هي:

الركن الأول: الإيجاب، الركن الثاني: القبول

وهو مذهبهم في أركان العقد بصفة عامة[(٥)].

وأما شروطها فبينها بتفصيل ابن الحاجب مؤكدا أنها ثلاثة وهي:

الأول: العاقدان كالمتبايعين.

الثاني: الأجرة وهي كالثمن

الثالث: المنفعة وهي متقومة غير متضمنة استيفاء عين قصدا مقدور على تسليمها ـ غير حرام ولا واجبة ـ معلومة[(٦)].

---

(١) الشرح الكبير للدسوقي: ٥/ ٣٣٤.

(٢) عون المعبود: ٩/ص ٢٢١.و انظر أيضا مدونة الفقه المالكي و أدلته: ٣/ ٤٨٩.

(٣) البدائع: ٥/ص ٥١٧. (٤) جامع الأمهات: ص ٤٣٤.

(٥) انظر: البدائع: ٥/ص ٥١٦.

(٦) جامع الأمهات: من ص ٤٣٤ إلى ص ٤٤١.

المبحث الثاني

حكم الإجارة من القرآن الكريم والسنة النبوية

الإجارة من العقود الجائزة حكمها كحكم البيع. والدليل من الآيات القرآنية قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾(١)، وقوله تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ﴾، فقال لموسى عليه السلام: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾(٢).

والدليل من السنة النبوية حديث عائشة رضي اللّه عنها: «استأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلا من بني الديل، هاديا وهو على دين كفار قريش»(٣).

وفيه دلالة على جواز استئجار الكافر لمنفعة يقصدها المسلم.

وفي حديث أبي هريرة رضي اللّه عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام قال: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر؛ ورجل باع حرا فأكل ثمنه؛ ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره.(٤)..

وعن ابن عباس رضي اللّه عنهما قال: احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره ولو علم كراهية لم يعطه(٥).

وأجمع العلماء على جواز الإجارة لحاجة الناس إليها لتبادل المنافع(٦).

---

(١) الطلاق: ٠٦.

(٢) القصص ٢٦ ـ ٢٧.

(٣) البخاري: كتاب الإجارة باب استأجار المشركين عند الضرورة. حديث رقم ٢٢٦٣.

(٤) البخاري: كتاب البيوع باب إثم من باع حرا ٢٢٧٩ حديث رقم٢٢٢٧.

(٥) البخاري: كتاب الإجارة باب خراج الحجام حديث رقم ٢٢٧٩.

(٦) الذخيرة: ٥/ ٣٧١، و الشرح الكبير: ٥/ص ٣٣٤ ـ ٣٣٥، و مدونة الفقه المالكي و أدلته: ٣/ ص ٤٩٠.

المبحث الثالث

هل تقع الإجارة على الذوات كما تقع على المنافع

قال المالكية: الإجارة تقع على المنافع لا على الذوات وهو مذهب جمهور الفقهاء.

إلا أن ابن القيم رحمه اللَّه، خالف هذا المذهب وأثبت أن الإجارة تقع على الأعيان والمنافع، قال رحمه اللَّه..: «الذي دلت عليه الأصول أن الأعيان التي تحدث شيئا فشيئا مع بقاء أصلها حكمها حكم المنافع كالثمرة في الشجر واللبن في الحيوان والماء في البئر: ولهذا سوى بين النوعين في الوقف. فإن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل الفائدة؛فكما يجوز أن تكون فائدة الوقف منفعة كالسكنى وأن تكون تمرة وأن تكون لبنا كوقف الماشية للانتفاع بلبنها: وكذلك في باب التبرعات كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده؛ والعرية لمن يأكل ثمر الشجرة ثم يردها؛ والمنيحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها؛ والقرض لمن ينتفع بالدراهم ثم يرد بدلها القائم مقام عينها؛ فكذلك في الإجارة: تارة يكريه العين للمنفعة التي ليست أعيانا؛ وتارة للعين التي تحدث شيئا فشيئا من بعد شيء مع بقاء الأصل كلبن الظئر؛ ونفع البئر؛ فإن هذه الأعيان لما كانت تحدث شيئا بعد شيء مع بقاء الأصل؛كانت كالمنفعة. والمسوغ للإجارة هو ما بينهما من القدر المشترك؛ وهو حدوث المقصود بالعقد شيئا فشيئا؛سواء كان الحادث عينا أو منفعة؛ وكونه جسما أو معنى بالجسم لا أثر له في الجواز والمنع مع اشتراكهما في المقتضي للجواز: بل هذا النوع من الأعيان الحادثة شيئا فشيئا أحق بالجواز؛ فإن الأجسام أكمل من صفاتها؛ وطرح هذا القياس جواز إجارة الحيوان غير الآدمي لرضاعه فإن الحاجة تدعو إليه في الظئر من الآدميين بطعامها وكسوتها؛ ويجوز استئجار الظئر من البهائم بعلفها والماشية إذا عاوض على لبنها فهو نوعان:

أحدهما: أن تشتري اللبن مدة ويكون العلف والخدمة على البائع فهذا بيع محض.

وثانيهما: أن يتسلمها ويكون علفها وخدمتها عليه ولبنها له مدة الإجارة؛ فهذا إجارة وهو كضمان البستان سواء. وكالظئر فإن اللبن يستوفى شيئا فشيئا مع بقاء

الأصل؛ فهو كاستئجار العين ليسقي بها أرضه؛ وقد نص مالك على جواز إجارة الحيوان مدة للبنه: ثم من أصحابه من جوز ذلك تبعا لنصه: ومنهم من منعه؛ ومنهم من شرط فيه شروطا ضيقوا بها مورد النص ولم يدل عليها نصه.

والصواب الجواز وهو موجب القياس المحض؛ فالمجوزون أسعد بالنص من المانعين. . [1]. .

(١) إعلام الموقعين: ١/ ٣٦٣ و٣٦٤.

المبحث الرابع

تحرير مصطلحي الإيجار المنتهي بالتمليك

إن مصطلح الإيجار المنتهي بالتمليك مكون من عقدين اثنين:

الأول: عقد الإيجار.

والثاني: عقد التمليك.

وقد سبق بيان مصطلحي البيع والإجارة لكونهما أصلا للإيجار المنتهي بالتمليك، من حيث التركيب الاصطلاحي.

ولما كان الأمر كذلك فإن تحرير مصطلح الإيجار المنتهي بالتمليك يقتضي الوقوف على أصوله الأولية حسبما يقتضيه بيان المصطلح.

إن المصطلح المتداول في النظامين اللاتيني والأنجلوساكسوني والدول التابعة لهما هو مصطلح: الإئتمان الإجاري(١)، ومن هنا جاء هذا المصطلح وعرف تطورا كما سبق بيانه في التكييف القانوني.

إذن يكون السؤال هو: ما هو الإئتمان الإجاري لغة واصطلاحاً:

المطلب الأول: مفهوم الإئتمان:

الإئتمان لغة من الأمان والأمانة، والأمن ضد الخوف، والأمانة ضد الخيانة، ومؤتمن القوم؛ هو المرء الذي يتخذ آمنا وحافظا(٢).

من هذا المعنى اللغوي يتبين أن الإئتمان هو اتخاذ المرء أمينا على شيء ويمكن الثقة به.

ومعناه في علم الاقتصاد: هو تعهد يقطعه أحد المصارف لشخص طبيعي أو معنوي؛ ويكون هذا التعهد مبنيا على ثقة بالمدين.

---

(١) الإتمان الإجاري ترجم من المصطلح الفرنسي: Crédit bail.
ومن اللغة الإنجليزية ورد المصطلح: Leasing.

(٢) انظر: لسان العرب: ابن منظور: مادة: آمن.

ومن هنا يتبين لنا أن الإئتمان هو: تسليف المال لأَجَلٍ مسمى يهدف تثميره في النشاط الاقتصادي(١).

المطلب الثاني: مفهوم التمليك:

ونختم ببيان مفهوم المصطلح الأخير وهو: التمليك.

التمليك من الملك والملك والمالك: ذو الملك. وجمع ملك؛ أملاك.

والملك: ما ملك السيد من مالك.

والملك بكسر الميم في اصطلاح المتكلمين: حالة تعرض للشيء بسبب ما يحيط به وينتقل بانتقاله كالتعميم والتقمص؛ فإن كلا منهما حالة لشرح بسبب إحاطة العمامة بالرأس والقميص ببدنه.

والملك في اصطلاح الفقهاء: اتصال شرعي بين الانسان وبين شيء يكون منطلقا لتصرفه وحاجزا عن تصرف غيره فيه(٢).

وقد أورد الامام القرافي الإشكال الواقع عند الفقهاء حول وضع حد صحيح للتمليك؛ فقال: «فهو عام يترتب على أسباب مختلفة: البيع والهبة والصدقة والإرث. . . و لا يمكن أن يقال: هو التصرف؛ لأن المحجور عليه يملك ولا يتصرف. . فالتصرف والملك كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه؛ وأخص من وجه آخر. فهو (الملك) حكم شرعي مقدر في العين والمنفعة»(٣).

وأسجل في هذا المقام ما علق به محمد بن علي على تعريف القرافي للملك بالقول: «ولنا أن نغير عبارة الحد فنقول: إن الملك إباحة شرعية في عين أو منفعة تقتضي تمكن صاحبها من الانتفاع بذلك العين أو المنفعة أو أخذ العوض عنها من حيث هي كذلك»(٤).

المطلب الثالث: مفهوم الإيجار المنتهي بالتمليك:

لم يرد تعريف المصطلح المركب عند الفقهاء القدامى، ولكن ورد عند المحدثين تحديده وبيانه.

فقد عرفه الدكتور القرداغي بقوله: «يقصد بالإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه

---

(١) انظر: معجم المصطلحات الفقهية و القانونية للدكتور جرجس: ص ٠٨.

(٢) التعريفات: الجرجاني: ص: ٢٨ ٢أ ٢٢٩.

(٣) الفروق: القرافي: ٣/ ص ٢٠٨ ـ ٢٠٩.

(٤) تهذيب الفروق: ٣/ ص ٢٣٢.

الإسلامي: اتفاقية إيجار يلتزم فيها المستأجر بشراء الشيء المؤجر في الوقت المتفق عليه خلال مدة الإيجار أو بعدها بسعر يتفق عليه مسبقا أو فيما بعد»[(١)].

وبين الدكتور منذر قحف إلى أن وضع تعريف محدد للإجارة المنتهية بالتمليك صعب، لكونه أخص من تعريف الإجارة، حيث قال: «يقصد منها (الإيجار المنتهي بالتمليك) أن يشتمل مجموع الأجرة خلال مدة العقد على ما يفي بسداد ثمن العين المؤجرة مع العائد الإيجاري المرغوب به. فحقيقتها أنها ـ في جميع صورها ـ إجارة وشراء معا مهما كان الشكل التعاقدي الذي يتخذه نقل الملكية؛ سواء كان ذلك عند انتهاء مدة الإجارة أم تنجيما على أسهم أثناء مدة العقد»[(٢)].

واجتهد الدكتور محمد وهبة الزحيلي في التعريف محاولا ضرب الأمثلة الموضحة له، فقال عنه بأنه: «تمليك منفعة بعض الأعيان كالدور والمعدات مدة معينة من الزمن بأجرة معلومة تزيد عادة عن أجرة المثل، على أن يملك المؤجر العين المؤجرة للمستأجر بناء على وعد سابق بتمليكها في نهاية المدة، أو في أثنائها بعد سداد جميع مستحقات الأجرة وأقساطها وذلك بعقد جديد. أي أن يتم تمليكها بعقد مستقل، وهو إما هبة، وإما بيع بثمن حقيقي أو رمزي»[(٣)].

---

(١) الإيجار المنتهي بالتمليك: ص ٤٩٠. من مجلة مجمع الفقه الإسلامي: عدد ١٢/ الجزء الأول، سنة ٢٠٠٠.

(٢) الإيجار المنتهي بالتمليك: ص ٣٥٨. من مجلة مجمع الفقه الإسلامي: عدد ١٢/ الجزء الأول، سنة ٢٠٠٠.

(٣) الإيجار المنتهي بالتمليك: ص ٤٧٠. من مجلة الاقتصاد الإسلامي: مجلد ٢٢/ عدد ٢٥٧، سنة ٢٠٠٠.
وانظر أيضا كتابه: المعاملات المالية: ص٣٩٤.

الفصل السابع

الإشكالات المتعلقة بعقد الإيجار المنتهي بالتمليك من وجهة نظر الفقه

المبحث الأول: اجتماع عقدين في عقد.

المبحث الثاني: اجتماع عقد وشرط

المبحث الثالث: هل يقبل الفقه أن يكون ثمن المبيع رمزيا

المبحث الرابع: مدى جواز الأخذ بالحيل في الفقه في الجمع بين عقدين في عقد..

المبحث الخامس: الوفاء بالوعد وأثره على تكييف هذا العقد.

قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي..

رأي هيئة كبار علماء السعودية

يتعرض الإيجار المنتهي بالتمليك إلى مجموعة من التداخلات الفقهية أثرت عليه من ناحية بيان الحكم الشرعي الخاص به. وأعتقد أن الحكم لن يكون موفقا إلا إذا خلص الموضوع من مسائل وفروع تلتبس به؛ لتحرير المناط الذي سيركب له الحكم الموافق له، وأتناول أهم هذه الإشكالات التي تتطلب الجواب عنها لإيضاح صورة عقد الإيجار وحكمه من خلال المباحث الستة الآتية:

المبحث الأول

اجتماع عقدين في عقد

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط عقد في عقد؛ وسبب ذلك يرجع إلى تفسير بعض الأحاديث النبوية الواردة في الموضوع خاصة حديث النبي عليه الصلاة والسلام الذي ينهى فيه عن بيعتين في بيعة وقد سبقت دراسته في الباب الأول.

والمالكية والحنابلة يجيزون اجتماع عقد البيع مع عقد الإجارة في عقد واحد، لأن الشروط المطلوبة في البيع مطلوبة أيضا في الإجارة؛ ولكونهما نوعين من البيوع وهي بيع المنافع، بذلك تطور المذهبان في تخطي مجموعة من القيود المرتبطة بوحدة الصفقة كما سبق ذكره في حرية الاشتراط.

يقول القرافي: اعلم أن الفقهاء جمعوا أسماء العقود التي لا يجوز اجتماعها مع البيع في قولك «**جص مشنق**»

فالجيم للجعالة؛ والصاد للصرف؛ والميم للمساقاة؛ والشين للشركة؛ والنون للنكاح؛ والقاف للقراض.

والسر في الفرق؛ أن العقود أسباب لاشتمالها على تحصيل حكمها في مسبباتها بطريق المناسبة؛ والشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتضادين، فكل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد؛ فلذلك اختصت العقود التي يجوز اجتماعها مع البيع كالإجارة، بخلاف الجعالة للزوم الجهالة في عمل الجعالة، وذلك ينافي البيع؛ والإجارة مبنية على نفي الغرر والجهالة؛ وذلك موافق للبيع، ولا يجتمع النكاح والبيع لتضادهما في المكانية في العوض والمعوض بالمسامحة في النكاح والمشاحة في البيع؛ فحصل التضاد. والصرف مبني على التشديد وامتناع الخير والتأخير وأمور كثيرة لا تشترط في البيع فضاد البيع الصرف.

والمساقاة والقراض فيهما الغرر والجهالة كالجعالة وذلك مضاد للبيع. والشركة فيها صرف أحد النقدين بالآخر من غير قبض فهو صرف غير ناجز؛ وفي الشركة مخالفة الأصول، والبيع على وفق الأصول؛ فهما متضادان، وما لا تضاد فيه يجوز جمعه مع البيع، فهذا وجه الفرق[١].

---

(١) الفروق: ج ٣/ ص ٩٢٧، الفرق ١٥٦.

وكذلك يرى ابن تيمية رحمه اللَّه جواز اشتراط عقد جديد يتعلق بالمعقود عليه يحقق هذا الغرض، سئل: «عن رجل له دكان مستأجرة بخمسة وعشرين كل شهر وله فيها عدة وقماش؛ فجاء إنسان فقال أنا استأجر هذه الدكان بخمسة وأربعين وأقعد بالعدة والقماش أبيع فيه وأشتري، فهل يجوز ذلك أم لا؟

فأجاب: هذا قد جمع بين بيع وإجارة معا وذلك جائز في أظهر قول العلماء. واللَّه أعلم[١].

يقول الدسوقي انطلاقا من قول صاحب المختصر «كمع جعل لا بيع»

أي كما تفسد الإجارة إذا وقعت مع جعل صفقة واحدة لتنافرهما؛ لما في الجعل من عدم لزومه بالعقد وجواز الغرر وعدم الأجل؛ بخلاف الإجارة مع بيع صفقة واحدة؛ **فلا تفسد لعدم منافاتها؛** سواء كانت الإجارة في نفس المبيع كشرائه ثوبا بدراهم معلومة على أن يخيطه البائع أو جلدا على أن يخرزه أو في غيره:

كشرائه ثوبا بدراهم معلومة على أن ينسج له آخر ويشترط في الصورة الأولى شروعه أو ضرب أجل الإجارة ومعرفة خروجه عين عامله أم لا؟ أو إمكان إعادته كالنحاس على أن يصنعه قدحا كما قدمه في السلم؛ فإن انتفى الأمران كالزيتون على أن يعصره فلا، وأما إن كانت الإجارة في غير نفس المبيع فتجوز من غير شرط[٢].

قال الحطاب: لا بأس باجتماع بيع وإجارة[٣].

عقود منعناها مع البيع ستة ويجمعهما في اللفظ جص مشنق
فجعل وصرف والمساقاة شركة نكاح قراض منع هذا محقق

(١) الفتاوى: ٢٩/ ص ٢٣٧.
(٢) حاشية الدسوقي ٥/ ٣٣٨ ـ ٣٣٩ كتاب الإجارة.
(٣) مواهب الجليل: ٥/ ص ٤٦٦ ـ ٤٦٧.
ممجموع الفتاوي ٢٩/ ٢٣٧.

المبحث الثاني

اجتماع عقد وشرط

لقد سبق في فصل حرية الاشتراط بيان تطور الفقه في الجمع بين العقد والشرط؛ خاصة المذهب المالكي والحنبلي؛ وبصفة أخص نظرية ابن تيمية في العقود والشروط.

وجمهور الفقهاء يجوز اجتماع عقد وشرط، والحديث الوارد في النهي عن بيع وشرط غير صحيح. والمذهب المالكي يحمله على شرط يناقض المقصود من العقد على فرض صحته، ونص ابن تيمية على بطلانه في فصل أحاديث يحتج بها الفقهاء وهي باطلة قال: منها قولهم «نهى عن بيع وشرط»، فإنه حديث باطل ليس في شيء من كتب المسلمين وإنما يروى في حكاية منقطعة(١).

وقال ابن شاس(٢) في بيع وشرط: «ويحمل النهي فيه على شرط يناقض مقصود العقد أو يعود بغرر في الثمن(٣).

وقال الخرشي: ولا بأس بالبيع بثمن إلى أجل على ألا يتصرف ببيع ولا هبة ولا عتق حتى يعطي الثمن لأنه ينزل منزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى»(٤).

والحديث الصحيح في موضوع الشروط هو قول الرسول عليه الصلاة والسلام: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك»(٥).

تفسيرات الفقهاء للحديث:

تفسيرات الفقهاء لهذا الحديث ثلاثة؛ وهي:

أولاً: التردد بين النقد والنسيئة في صيغة واحدة؛ كأن يقول: بعتك بكذا نقدا

---

(١) مجموع فتاوى ١٨/ ٦٣.

(٢) نجم الدين الجلال أبو محمد عبد الله بن محمد بن شاس بن نزار الجذامى السعدي من بيت إمارة وجلالة وعفة وأصالة الفقيه الإمام الفاضل العمدة المحقق الكامل العالم المطلع الحافظ الورع ـ أخذ عنه: المنذري. . . ت: ٦١٠هـ له: الجواهر الثمينة. . . شجرة النور ص ١٦٥.

(٣) عقد الجوهر: ٢/ ٦٧٢.

(٤) الحاشية: ٥/ ٨٠ ـ ٨١.

(٥) سبق تخريجه.

وبكذا نسيئة؛ فيقبل الآخر على الإيهام؛أي لم يحدد أي الصفقتين قبل.

وهذا التفسير للحديث عليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والزيدية والاباضية والبغوي والخطابي..

وعلى هذا التفسير يكون هذا الحديث متفقا في تفسيره مع تفسير حديث النهي عن بيعتين في بيعة؛ وقد سبق شرح ذلك في موضعه.

ثانياً: وهو اشتراط عقد في عقد كما لو قال: بعتك هذه السلعة بكذا على أن تبيعني تلك السلعة بكذا. وهذا تفسير بعيد عن ظاهر الحديث.

ثالثاً: اشتراط شرطين فاسدين في العقد. وقد ذهب الحنابلة إلى هذا التفسير.

المبحث الثالث

هل يقبل الفقه أن يكون ثمن المبيع رمزيا

إن الأصل في ثمن المبيع في الفقه الإسلامي أن يكون مقاربا لقيمة السلعة الحقيقي؛ لأن البيع معاوضة مال بمال، والتفاوت اليسير مغفور في الفقه، يقول ابن رشد الحفيد: «إن العدل في المعاملات إنما هو مقاربة التساوي؛ولذلك لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة جعل الدينار والدرهم لتقويمها، أعني تقديرها. ولما كانت الأشياء المختلفة الذوات أعني الغير الموزونة والمكيلة العدل فيها إنما هو في وجود النسبة؛ أعني أن تكون قيمة أحد الشيئين إلى جنسه نسبة قيمة الشيء الآخر إلى جنسه. مثال ذلك أن العدل إذا باع إنسان فرسا بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس إلى الأفراس هي نسبة قيمة ذلك الثوب إلى الثياب؛فإن كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون؛ فليكن مثلا الذي يساوي هذا القدر عددها هو عشرة أثواب. فإذا اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجب وفي المعاملة العدل، أعني أن يكون عديل فرس عشرة أثواب في المثل[١].

إن اقتران عقد الإجارة مع البيع مع ارتفاع الأجرة عن أجرة المثل خلال المدة التي اشترط استمرار الإجارة فيها بهذه الأجرة بعد البيع في نهاية هذه المدة وبعد سداد هذه الأقساط الإيجارية وجعل ثمن المبيع رمزيا؛ يفصح بصورة واضحة عن أن المقصود هو عقد بيع من أول الأمر؛وليس عقد إجارة ثم عقد بيع.وأن كل ما دفع هو الثمن سواء في أثناء مدة الإجارة؛ أو عند إبداء المستأجر (المشتري) رغبته في الشراء بتقديم الثمن الرمزي.

وقد يؤيد هذا؛ أن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني. .يقول الفقهاء تطبيقا لهذه القاعدة: إن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط عدم براءة الأصيل كفالة. ولو قال: أعتق عبدك عني بألف؛كان بيعا للمعنى، وينعقد البيع بلفظ الهبة مع ذكر البدل؛ وتنعقد الإجارة بلفظ الهبة والتمليك[٢].

---

(١) انظر بداية المجتهد: ابن رشد ٤/ ٥٠٥.

(٢) انظر: الأشباه: ابن نجيم: .

في هذا المعنى قاعدة أخرى: العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها» . قال علي أحمد الندوي: هذه قاعدة خلافية والترجيح مختلف في الفروع؛ منها: إذا قال بعتك ولم يذكر ثمنا. فإن راعينا المعنى انعقد هبة؛ أو اللفظ فهو بيع فاسد. ومنها: لو عقد الإجارة بلفظ البيع؛ فقال: بعتك منفعة هذه الدار شهرا. فالأصح: لا ينعقد نظرا إلى اللفظ؛ وقيل ينعقد نظرا إلى المعنى[١] .

جاء في شرح المجلة: أن العقود المبنية على الأغراض والمقاصد لا على الألفاظ؛ كالبيع والإجارة والحوالة؛ تعتبر فيها المقاصد والمعاني؛ ولا عبرة للألفاظ. ولهذا جرى حكم الرهن في البيع بالوفاء وإن كان منعقدا بلفظ البيع؛ لأنه لم يقصد به تمليك المبيع للمشتري بل تأمينه على دينه[٢] .

وأما الدكتور وهبة الزحيلي فيقول: يجوز البيع بثمن رمزي في الإيجار المنتهي بالتمليك. موضحا ذلك بقوله: «الإنسان حر التصرف بملكه؛ فله أن يبيع أو يهب أو يرهن أو غير ذلك من التصرفات، وعليه فلا مانع شرعا بمنع ذلك؛ وهو المتصرف هنا من بيع العين المؤجرة إلى المستأجر في إنشاء الإجارة أو بعد انتهاء مدتها بثمن رمزي كدولار مثلا أو بغير عوض من طريق الهبة؛ وذلك إلا إذا وجد مانع؛ كالتصرف في مرض الموت؛ حيث يمنع من التبرعات إلا في حدود الثلث؛ وكالحجر بسبب السفه أو الإفلاس (عارض المديونية)؛ وإذا كان التصرف يمس حق الغير؛ كتصرف الراهن في المرهون؛ كان التصرف موقوفا على إجازة المرتهن لتعلق حقه بعين المرهون.

وإذا كان المتصرف هو مدير المصرف؛ كان لا بد من موافقة الجمعية العمومية على التبرع إذا كان شراء المعدات من أموالهم. فإن كان الشراء من صناديق الاستثمار الخاصة فلا بد من موافقة أصحابها على التصرف؛ أو وجود النص الخاص في نظامها على ذلك.

وبما أن أقساط الإجارة المنتهية بالتمليك تكون عادة أكثر من أجر المثل؛ فلا يستغرب البيع بثمن رمزي أو بهبة؛ ولكن في حال عدم إتمام الشراء فعلى المصرف (المالك) أن يرد على المستأجر مقدار ما يدفع الضرر عنه برد فروق الأجرة عملا بقاعدة العدل ودفع الضرر « . .يدفع الضرر بقدر الإمكان» ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام[٣] .

(١) القواعد الفقهية: ص ٢٤٦.و انظر أيضا ٢٨٦.
(٢) شرح المجلة: ١/ ١٩.
(٣) المعاملات المالية: ص ٤٠٤ ـ ٤٠٥.

إذا يتبين من خلال أقوال الفقهاء في القديم والحديث؛ عدم منعهم أن يكون الثمن رمزيا في البيوع؛ بشرط التوافق وعدم الإضرار والخلو من الغرر والغبن والاستغلال والسفه؛ فإنها مظنة عدم الجواز عند وجودها. وبالتالي يكون الثمن في الإيجار المنتهي بالتمليك جائزا شرعا بخلوه من الموانع السالفة الذكر؛ كما وصفت وبينت.

المبحث الرابع

مدى جواز الأخذ بالحيل في الفقه في الجمع بين عقدين في عقد

لقد ذكر ابن القيم جواز الاحتيال إلى الحق بطريق مباح وإن لم تشرع بهذا الطريق؛ قال: «المثال الخامس: **لا يجوز استئجار الشمع ليشعله لذهاب عين المستأجر؛ والحيلة في تجويز هذا العقد؛ أن يبيعه من الشمعة أواقي معلومة ثم يؤجره إياه؛ فإن كان الذي اشتعل منها ذلك القدر وإلا احتسب له بما أذهبه منها؛** وأحسن من هذه الحيلة أن يقول: بعتك من هذه الشمعة كل أوقية منها بدرهم؛ قل المأخوذ منها أو كثر؛ وهذا جائز على أحد القولين في مذهب أحمد؛ واختاره شيخنا وهو الصواب المقطوع به.. لكن في العقد على هذا الوجه محظورات:

أحدهما: قضية الجمع بين البيع والإجارة.

ثانيهما: أن مورد عقد الإجارة يذهب عينه أو بعضه بالاشتعال.

قيل: لا محظور في الجمع بين عقدين كل منهما جائز بمفرده؛ كما لو باعه سلعة فأجره داره شهرا بمائة درهم.

وأما ذهاب أجزاء المستاجر بالانتفاع؛ فإنما لم يجز لأنه لم يتعوض عنه المؤجر؛ وعقد الإجارة يقتضي رد العين بعد الانتفاع. وأما هذا العقد فهو عقد بيع يقتضي ضمان المتلف بثمنه الذي قدر له وأجرة انتفاعه بالعين قبل الإتلاف: **فالأجرة في مقابلة انتفاعه بها مدة بقائها؛ والثمن في مقابلة ما أذهب منها**..»[١].

إن كلام ابن القيم يدل على جواز عقدين في عقد؛ أي الجمع بين البيع والإجارة؛ وهما مختلفان على عين واحدة؛ وهذه العين يمكن أن تكون سيارة أو طائرة أو شمعة كما في مثال ابن القيم.

(١) أعلام الموقعين: ج ٣/ ٢٩٨.

وهناك في هذا الباب مجموعة من القواعد الفقهية التي لها علاقة بمضمون عقد الإيجار المنتهي بالتمليك[١]؛ منها:

ـ الأصل في العقود بناؤها على قول أربابها.
ـ المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.
ـ الإجارة كالبيع إلا في موضعين: وجوب التوقيت والانفساخ بعد القبض بتلف.
ـ استعمال الناس حجة يجب العمل به.
ـ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.
ـ الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة.
ـ المواطأة العرفية تنزل منزلة المواطأة اللفظية من كل وجه.

كل هذه القواعد تدل عموما على توسيع دائرة العفو في العقود؛ وأن العرف الذي لم يتعارض مع النصوص الشرعية وله قواعد شرعية ينزل منزلة النص في الاستدلال.

ولهذا قال ابن القيم في شأن ذلك: «**وكل ما لم يبين اللَّه ورسوله من العقود والشروط فلا يجوز تحريمها**؛ فإن اللَّه سبحانه قد فصل لنا ما حرم علينا مما كان من هذه الأشياء حراما؛ فلا بد أن يكون تحريمه مفصلا؛ وكما أنه لا يجوز إباحة ما حرم اللَّه فكذلك لا يجوز تحريم ما عفا عنه ولم يحرمه»[٢].

هكذا يتبين لنا من خلال النصوص السابقة تطور كبير في تكييف عقد الإيجار المنتهي بالتمليك فقهيا.

*** تكييف هذا العقد:**

هو عقد احتوى على عقد الإجارة وعقد البيع، وقد رجحت جواز الجمع بين عقد البيع وعقد الإجارة كما سبق بيان ذلك.

---

(١) انظر: المنثور في القواعد الفقهية: الزركشي: ١/ ٩٢ ـ شرح القواعد الفقهية: الزرقاء: ٢٢٣ـ.
وشرح المجلة: ١/ ٣٣. و إعلام الموقعين: ٣/ ٢٤١.
(٢) إعلام الموقعين: ١/ ص ٣٢٤.

وتعليق عقد البيع على الشرط كذلك جائز بضوابطه التي ذكرها الفقهاء وقد سبق توضيح ذلك.

وبقي في هذا التكييف الفقهي اقتران الإجارة بوعد بالبيع؛ وهو الإشكال الخامس الذي سأعالجه إن شاء اللَّه تعالى الآن.

المبحث الخامس

الوفاء بالوعد وأثره على تكييف هذا العقد

*** الوعد وأثره في الإيجار المنتهى بالتمليك:**

لقد سبق ذلك في البيع بالمرابحة للآمر بالشراء، وألخص الكلام هنا في أن رأي المالكية أن الوعد يكون ملزما إذا كان على سبب. يقول صاحب المنهاج (الزقاق)(١):

هل يلزم الوفاء بالوعد نعم   أو لا نعم لسبب وإن لزم

فالمسألة هنا تدخل في قاعدة: أن من التزم شيئا أن يعمله؛ يجب على الملتزم له الإتيان به وهذا يلزمه؛ إذا كان الملتزم يعلم بوجوب ذلك العمل على الملتزم له بدون مقابل على ذلك(٢).

ويقول حسن الشاذلي: أن الذي يرجح لدينا الرأي الأول الذي يقضي بأن الوعد ملزم إذا دخل الموعود بسبب العدة في شيء؛ ومن ثم فإنه يقضي به؛أو يجب الوفاء به قضاء وديانة للأدلة التي استدل بها من الكتاب والسُّنة(٣).

وبناء على هذا الرأي يكون الوعد الصادر من المالك والمؤجر بيع هذه السلعة المؤجرة للمستأجر إذا رغب في ذلك ودفع ثمنا لها هو كذا؛ يكون وعدا ملزما للمالك المؤجر بيعها للمستأجر لها بعد تحقق الشرط؛ وهو استيفاء جميع الأقساط الإيجارية المتفق عليها وإبداء رغبته في شرائها وتقديم الثمن الذي اتفق عليه، وهنا نحتاج إلى صيغة جديدة في هذا الوقت الذي تحقق فيه كل ذلك من شرط وإبداء رغبة وتقديم الثمن المحدد.

---

(١) أبو الحسن علي بن قاسم الزقاق التجيبي النحاسي الامام الجليل العلامة المتفنن في علوم شتى العمدة الفهامة، أخذ عن أبي عبد الله القوري والمواق... وعنه ابنه احمد واليسيتني... ت: ٩١٢هـ له: لامية الزقاق ـ المنهج المنتخب في قواعد المذهب: ج١/ ص٤٤٣. (شجرة النور ـ ص: ٢٧٤).

(٢) انظر: بحث الشيخ عبد الله بن بيه: في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع ٥/ج ٤/ص ٢٧١٤ بتاريخ. ١٤٠٩ ـ ١٩٨٨.

(٣) وكمثال على ذلك: الآية ٢ ـ من سورة الصف. و في الحديث: أربع من كن فيه كان منافقا. خالصا.. إذا وعد أخلف و إذا عاهد غدر.

أما إذا كان قد صدر منهما بأن وعد المالك المؤجر بيع السلعة للمستأجر؛ ووعد المستأجر المالك المؤجر بشراء هذه السلعة إذا تحقق الشرط؛ وهو الوفاء بكل الأقساط الإيجارية المتفق عليها خلال المدة المحددة وحدد الثمن. فحينئذ يكون كل منهما ملزما بإجراء هذا البيع على الوضع الذي اتفق عليه.

ولا بد من صيغة جديدة هنا أيضا؛ لأن العقد لا ينعقد في الفقه الإسلامي إلا بصيغة باتة دالة على أنه أراد البيع في الحال؛ والآخر أراد الشراء في الحال. ولذلك كانت صيغة الماضي أوكد صيغة في الدلالة على إرادة العقد في الحال. ومثلها الجملة الاسمية؛ أما صيغة المضارع المترددة بين الحال والاستقبال فتحتاج إلى قرينة تخلصها للحال فقط. وإلا كانت استدعاء للعقد وتمهيدا له أو وعدا؛ كما أنها لا تصلح إطلاقا لإبرام العقد إذا اقترن بالمضارع «السين» و«سوف» لأنها تمحضت للاستقبال ونحن نريد البيع في الحال فلا تصلح لإبرام العقد بها[(١)].

*** التكييف المقبول في الفقه الإسلامي:**

إن عقد الإيجار المنتهي بالتمليك هو في بدايته عقد إجارة تترتب عليه كل أحكام هذا العقد وخصائصه وآثاره التي قررها الشارع الحكيم؛ **وأنه بعد انتهاء عقد الإجارة وسداد الأقساط الإيجارية يبدأ عقد البيع؛** وتترتب عليه كل أحكام هذا العقد وخصائصه وآثاره كما بينه الشارع الحكيم[(٢)].

وهذا يعني إجارة السلعة مع وعد بالبيع في نهاية المدة الإيجارية في حالة سداد الأقساط.

والنزاع في هذه الصيغة كان في الوعد: هل هو ملزم أم لا؟ وقد رجحت إلزامه كما سبق أن وصفت واستدللت عليه من القرآن الكريم والسنة النبوية وأقوال الفقهاء والمعقول.

خلاصة الإشكالات الخمسة والنتائج المترتبة عليها:

ألخص هذه النتائج بعد الدراسة للإشكالات والجواب عنها وتفصيل الكلام المتعلق بحيثياتها في النقط التالية:

أولاً: يجب أن تكون السلعة المتفق على إجارتها أو بيعها مملوكة للمؤجر أو البائع وقت التعاقد.

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ع ٥/ج ٤/ص ٢٦٤٩ ـ ٢٦٥٩.
(٢) انظر الإجارة بين الفقه والتطبيق المعاصر ص ٥٣.

ثانياً: أن تكون مقبوضة؛ ولقد سبق بيان كيفية القبض عند الفقهاء؛ورجحت من خلال استعراض أقوالهم أن يكون قبضها بالتخلية.

ثالثاً: يجوز الجمع بين عقد الإجارة وعقد البيع؛على رأي المالكية والحنابلة؛ ويراعى تطبيق أحكام كل عقد عليه.

رابعاً: يجوز اشتراط شرط صحيح أو أكثر في العقد، وبيان الشرط الصحيح سبق بيانه في محله من البحث.

خامساً: يجوز تعليق عقود المعاوضات المالية على شرط ملائم للعقد أخذا برأي الإمام أحمد.

سادسا: إن الوعد بالبيع أو الإجارة أو غيرهما من العقود والتصرفات يكون ملزما لمن صدر منه إذا كان الموعود قد دخل بسبب هذا الوعد في شيء أخذا بالرأي المشهور عند المالكية[١].

بناء على ذلك فإن الصيغة في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك تتكون من عقدين منفصلين؛ كل عقد له أحكامه الخاصة به كما شرعها الشارع الحكيم.

رأي هيئة كبار علماء السعودية في الموضوع:

قررت هيئة كبار العلماء في السعودية منع هذا العقد شرعا؛ والظاهر أن منعهم كان بسبب بقائه على الصورة الأصلية التي كان عليها في الغرب الملخصة في البيع الإيجاري أو الإجارة التمليكية التي هي دمج بين الإجارة والبيع دون الفصل بينهما، لذلك اعتبره علماء القانون بيعا بالتقسيط أو الإيجار الساتر للبيع. والقضاء الفرنسي اعتبره عقدا مركبا من عمليتين تستقل كل منهما على الأخرى؛ وهو أنه إيجار يليه بيع. وهذا ما يقرره أيضا الفقه الإسلامي الذي يمنع صفقتين في صفقة أو البيعتين في بيعة[٢].

ويؤيد ذلك فتوى صادرة عن الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي في ٧ - ١١/ ٣/ ١٩٨٧ حيث اعتبرت هذا العقد المستجد صحيحا؛ فيه إجارة وهبة

(١) انظر بحث الدكتور حسن الشاذلي في المرجع من مجلة مجمع الفقه الاسلامي؛ ص ٢٦٥٥.

(٢) انظر: الوسيط: ٤/ ١٧٧ و المعاملات المالية: الزحيلي: ٣٩٦؛ و مجلة البحوث الفقهية المعاصرة: ص ٢٣.

بالشروط الآتية التي لا تخرج عن أحكام وشروط الإجارة العامة.

وهذه الأحكام هي:

□ ضبط مدة الإجارة وتطبيق أحكامها طوال تلك المدة.

□ تحديد مقدار كل قسط من أقساط الأجرة.

□ نقل الملكية إلى المستأجر في نهاية المدة بواسطة هبتها له تنفيذا لوعد سابق بذلك بين البنك (المالك) والمستأجر(١).

قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي(٢):

المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ إلى ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ موافق ل ١٠/ ١٥ ديسمبر ١٩٨٨ م

جاء فيه:

أولاً: الاكتفاء عن صور الإيجار المنتهي بالتمليك ببدائل أخرى منها البديلان:

الأول: البيع بالأقساط مع الحصول على الضمانات الكافية.

الثاني: عقد إجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجربعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة في واحد من الأمور الآتية:

ـ مد مدة الإجارة.

ـ إنهاء عقد الإجارة ورد العين المأجورة إلى صاحبها.

ـ شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة.

أي أن الإجارة المنتهية بالتمليك بموجب هذا القرار تتضمن عقدين منفصلين؛ وهما الإجارة ثم يليها البيع.

قال الدكتور وهبة الزحيلي: ويمكن تحليل مراحل الإجارة المنتهية بالتمليك إلى ما يأتي:

١ ـ عقد إجارة لمدة محددة.

٢ ـ عقد ملزم للمصرف بتمليك العين المؤجرة في نهاية مدة الإجارة بالهبة أو بالبيع.

٣ ـ ربط الإجارة والبيع والوعد في صورة عقد واحد ولكن في الواقع هناك عقدان مستقلان.

---

(١) انظر: الإجارة بين الفقه و التطبيق: ص ٦٣ ـ و المعاملات المالية: ص ٣٩٩.

(٢) انظر: المعاملات المالية المعاصرة: الزحيلي: ص٤٠٠.

٤ ـ تحول الإجارة إلى بيع ينقل ملكية المبيع للمستأجر بعد وفاء جميع أقساط الأجرة فيصير بيع تقسيط.

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط عدم نقل الملكية إلا بعد الوفاء بجميع الثمن وهو المرحلة الرابعة؛ على قولين:

القول الأول: لجمهور الفقهاء: فإنهم ذهبوا إلى عدم جواز اشتراط نقل الملكية في المبيع إلا بعد الوفاء بجميع الثمن؛ لأنه ينافي مقتضى العقد، ولأن البيع يقتضي نقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد.

القول الثاني: للمالكية والحنابلة وابن شبرمة؛ فإنهم رأوا جواز هذا الشرط لأن الأصل في العقود والشروط الإباحة. عملا بالحديث السابق «المسلمون على شروطهم».

وهذا القول؛ هو الراجح لأن هذا الحق يحقق غرضا مشروعا للبائع فلا يكون ممنوعا شرعا، ولأن إيقاف مقتضى عقد البيع بالتقسيط فيه الثمن؛ وهو نقل الملكية؛ يقابل الرضا بتأجيل الثمن؛ ولم يتحقق مقصود البائع بالحصول على الثمن. فإذا تعادل العاقدان في العوض والمعوض عنه لم يجز التدخل في مقتضى العقد الذي رتبه الشرع على البيع المنجز[1].

---

(١) المعاملات المالية: ٤٠٠ ـ ٤٠١.

الفصل الثامن

الصور التي تجوز في الإيجار المنتهي بالتمليك والصور التي لا تجوز

المبحث الأول: الصور التي تجوز في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك. .

المبحث الثاني: الصور التي لا تجوز في الإيجار المنتهي بالتمليك. .

المبحث الثالث: التطبيق العملي لعملية الإيجار المنتهي بالتمليك المقبو شرعا

المبحث الأول

الصور التـي تجوز في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك

الصورة الأولى: إبرام إجارة عادية بين اثنين ثم يتبعها وعد بالبيع أو الهبة وهذا جائز شرعا لعدم قيام عقدين في عقد. ويعد هذا الوعد ملزما إذا سدد المستأجر جميع الأقساط الإيجارية في المدة المحددة وهذا ما نص عليه عقد الإيجار المقرون بالبيع في شركة الراجحي المصرفية للاستثمار: الشرط الحادي عشر، وهذا الإيجار المنتهي بالتمليك في البند السابع لشركة البركة للاستثمار والتنمية.

وأجاز مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة في الرياض عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجرة معلومة في مدة معلومة واقترن به وعد ببيع العين المؤجرة للمستأجر بعد سداد كامل الأجرة بثمن يتفق عليه الطرفان.

الصورة الثانية: إجارة شيء كالدار أو الطائرة أو آلة ثم يتبعها وعد بالهبة في نهاية المدة وسداد جميع أقساط الإجارة وهو أيضا جائز ونص عليه البند ٤) فقرة (ب) في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك لشركة الجميح للسيارات، ونصت عليه المادة الثانية عشرة وهبة المعدات للمستأجر من اتفاقية البنك الإسلامي للتنمية (اتفاقية تمويل بالإجارة)، وأجاز مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة في الرياض: عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجرة معلومة في مدة معلومة، واقترن به عقد هبة العين للمستأجر معلقا على سداد كامل الأجرة؛ وذلك بعقد مستقل أو وعد بالهبة بعد سداد كامل الأجرة، وذلك على وفق ما جاء في قرار المجمع بالنسبة للهبة في دورته الثالثة.

الصورة الثالثة: يعقد عقد الإجارة مستقلا عن عقد البيع وتحدث المساومة على قيمة العين المؤجرة في الوقت الذي يتم الاتفاق عليه، وهذا جائز بالاتفاق.

ويعد أيضا جائزا إبرام عقد إجارة مقرونة ببيع المأجور للمستأجر في نهاية المدة؛ أي يكون البيع تابعا للإجارة بعد انتهائها، لأنه روعي عند الاتفاق على الأقساط الإيجارية أنها تساوي في مجموعها ثمن المبيع مع الربح؛ لكن يراد إظهار كون الاتفاق في بدايته عقد إجارة وفي النهاية عقد بيع، هذه الصورة هي مربط الفرس وهي المقصودة في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك غالبا.

الصورة الرابعة: يبرم عقد الإجارة مع إعطاء حق الخيار للمستأجر بين أحد أمور ثلاثة:

إما شراء العين المؤجرة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة. وإما تمديد مدة الإجارة لفترة زمنية أخرى. وإما إنهاء عقد الإجارة ورد العين المؤجرة إلى صاحبها. وهذا جائز نص عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة رقم ٤٤/ ٦/ ٥.

إن هذه الصور الأربعة المذكورة في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك هي الجائزة شرعا لخلوها من المانع الشرعي واللَّه أعلم.

والأدلة على ذلك فيما يلي:

ليست هذه الإجارة مشتملة على بيع في آن واحد حينما تنتهي مدة الإجارة تنقلب بيعا؛ وهذا هو الممنوع شرعا؛ وأن فتوى كثير من الفقهاء التي حرمت الإيجار المنتهي بالتمليك كانت لهذا السبب في اعتقادي؛ وإنما الجائز فيه هو أن يبرم عقد الإجارة مستقلا عن البيع بعد انتهاء مدة الإجارة، وفي الجريدة الرسمية المغربية نصت على إبرام عقد جديد؛ وقد سبق هذا في التكييف القانوني؛ جاء في المادة ١٠: «لا يتم إبرام عقد البيع النهائي إلا بعد أداء المبلغ المتبقي من ثمن البيع المتفق عليه في عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار».

يبرم هذا العقد وفق نفس الكيفية التي تم بها إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار كما هو مبين في المادة (٤) من هذا القانون. وليس كما هو في القانون البريطاني الذي يشتمل على الربا.

لقد سبق في فصل حرية الاشتراط أن الأصل في العقود والشروط الإباحة ما لم يكن دليل يمنع ذلك؛ وهذا هو رأي جمهور الفقهاء. ونص ابن القيم على جواز الحيل التي تفضي إلى المباح وأعطى مثالا على ذلك استئجار الشمع وبيعه.

وجود وعد ملزم قبل العقد أو بعده لا يؤثر في العقد في نظر جمهور الفقهاء لكونه ليس عقدا أصلا.

أجاز المالكية ـكما سبق ـ الإجارة مع البيع صفقة واحدة. و يؤيد هذا الاتجاه فتاوى شرعية لبيت التمويل الكويتي: إذا كان الوعد بالهبة بعد انتهاء سداد الأقساط وكذلك مجمع الفقه الإسلامي الدولي ١٩٨٨.

لكن يجب على من يريد أن يبرم عقد الإيجار المنتهي بالتمليك أن يتأكد من الشروط التي سبق ذكرها في الصور المقبولة عند جمهور الفقهاء؛ حتى لا يسقط في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك كما هو في البيئة الغربية المشتملة على الربا.

ولا يأخذ الحكم بالجواز ويتعامل مع أي صورة منه واللَّه أعلم بالصواب.

المبحث الثاني

الصور التي لا تجوز في الإيجار المنتهي بالتمليك

إن الصور الممنوعة في الإيجار المنتهي بالتمليك يمكن حصرها في ثلاث وهي:

١ ـ **اشتمال الاتفاق على إجارة وبيع معا** وهذا ممنوع شرعا لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة، إذا كان المعقود عليه شيئا واحدا، أما إذا تعدد المعقود عليه فلا مانع شرعا، مثال على ذلك: «إذا قال شخص لآخر بعتك سيارتي وأجرتك منزلي فلا مانع شرعا لتعدد المعقود عليه».

والمالكية أجازوا الجمع بين الإجارة والبيع في صفقة واحدة لعدم تضادهما وقد سبق بيان ذلك.

ومنع مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة في الرياض عقد إجارة ينتهي بالتمليك مقابل ما دفعه المستأجر من أجرة خلال المدة المحددة دون إبرام عقد جديد بحيث نتقلب الإجارة في نهاية المدة بيعا تلقائيا.

٢ ـ **اجتماع الإجارة مع البيع بخيار الشرط إلى أجل معلوم أو محدد وطويل المدة** عملا برأي من أجاز الخيار إلى أجل طويل كالإمام أحمد والمالكية.

ومنع المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة في الرياض عقد إجارة حقيقي واقترن به بيع بخيار الشرط لصالح المؤجر ويكون مؤجلا إلى أجل طويل محدد هو آخر مدة عقد الإيجار.

٣ ـ شراء المصرف سيارة أو منزلا ثم إيجار الشيء نفسه للبائع الأول مع وعد بالبيع أو الهبة وهذا من بيوع العينة.

المثال على ذلك أن يذهب شخص ما إلى البنك ويبيع له (فيلا) ثم يؤجرها هو بنفسه من البنك بأجرة مرتفعة والربح للبنك مع الوعد بالبيع وهذا حرام.

بناءا على ما سبق فإن مصطلح الإيجار المنتهي بالتمليك يشتمل على الصور التي تجوز والصور التي لا تجوز، فعلى كل من أراد التعامل بالإيجار المنتهي بالتمليك أن يميز بين هذه الصور كما وصفت

المبحث الثالث

التطبيق العملي لعملية الإيجار المنتهي بالتمليك المقبول شرعا

التطبيق العملي لعملية الإيجار المنتهي بالتمليك على الشكل الآتي:

أولاً: يتقدم المستأجر (المتعامل) إلى البنك أو مؤسسة التمويل (المؤجر) بتأجير معدات أو سلعة ما مرفقة بطلب والمستندات الآتية:

- دراسة جدوى اقتصادية عن المشروع المطلوب تمويل معداته
- طبيعة المعدات أو السلع ومصدرها
- فاتورة مبدئية بالثمن
- الضمانات المقدمة للوفاء بالإلتزامات تجاه المؤسسة التمويلية.
- المدة الإيجارية المطلوبة.
- مركزه المالي
- الميزانيات والضرائب والتأمينات
- التسجيل التجاري/ البطاقة الضريبية
- أية مستندات أخرى
- طلب المتعامل هذا يعتبر إيجابا من جانبه كمستأجر ولا يتم العقد إلا إذا وجد قبولا من الممول (المؤجر).
- ويجب أن يحدد في الطلب مواصفات المعدات أو السلع بكل دقة.

ثانياً: يقوم البنك بدراسة موقف المتعامل من خلال ما يلي:

- الاستعلام عن المتعامل من حيث سمعة المتعامل ومقدرته المالية والائتمانية والتسويقية وخبرته العملية من مصادر مختلفة.
- إجراء استعلام عن السلعة

إذا تم التأكد من موقف المتعامل وموقف السلعة بالسوق يتم أخذ الموافقة من السلطات المخولة باتخاذ القرار في المؤسسة التمويلية.

تنفيذ العملية:

١ ـ تقوم المؤسسة الممولة أو الممول بشراء المعدات أو السلع من البائع أو العين المراد تأجيرها وتتملكها بدفع الثمن المطلوب.

٢ ـ يمكن للمؤسسة التمويلية أن تمنح توكيلا للمستأجر في استلام العين أو السلع وإنهاء كل ما يتعلق بها مع الجهات الإدارية.

٣ ـ يمكن للمؤسسة التمويلية إعطاء توكيل للمستأجر بأن يرجع بالضمان مباشرة على البائع في حالة وجود عيوب في تلك المعدات.

٤ ـ بعد تحقق المستأجر من المعدات ومن مطابقتها للمواصفات المطلوبة التي حددها هو نفسه سابقا يقوم بتحرير محضر استلام يقدمه إلى المؤسسة التمويلية (المؤجر).. فيعتبر بهذا أنه قد سلم العين.

ولهذا المحضر أهمية خاصة، إذ يترتب عليه انتهاء عقد البيع المبرم بين المؤسسة التمويلية (المؤجر) والبائع وانتقال تبعة المعدات إلى المشتري وأيضا انتهاء عقد الوكالة والاستلام الموقع بين المؤسسة التمويلية والمستأجر.

٥ ـ بعد محضر الاستلام يوقع الطرفان عقد الإيجار في هذه المرحلة تم توقيع عقد الإيجار، لأن المؤسسة التمويلية قد ملكت العين أو الأصل المطلوب ملكية تامة شرعية ولذا جاز لها أن يؤجر. أما إذا تم العقد قبل ذلك فالمؤسسة التمويلية لم تملك ولم تحز الأصل المطلوب ولا يجوز ذلك كما بينت في فصل قبض المبيع.

يقوم كل من الطرفين (المؤسسة التمويلية والمتعامل) بالالتزامات المفروضة عليهما طوال مدة سيران العقد حيث تلتزم المؤسسة التمويلية بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمعقود عليه، وذلك بتسليمه العين حتى انتهاء المدة ويشمل التسليم توابع العين المؤجرة التي لا يتحقق الانتفاع المطلوب إلا بها حسب العرف، كما يلتزم المستأجر بدفع الأقساط الإيجارية في الآجال المحددة المتفق عليها.

تمليك العين المؤجرة:

التأجير التمويلي يتميز عن التأجير التشغيلي بمنح المستأجر خيار الشراء وله أهمية قانونية في هذا التمييز.

عندما يرغب المستأجر في الشراء يتم إبرام عقد البيع بين المستأجر والمؤسسة التمويلية.

والفقه الإسلامي يرى أن يكون هناك فصل بين عقد الإيجار وعقد البيع وبذلك يصير ملك المنفعة بعقد وملك الرقبة بعقد قال صاحب المغني رحمه اللَّه:

«لا تبطل (الإجارة) لأنها تملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة (البيع) بعقد آخر فلم يتنافيا كما تملك الثمرة بعقد ثم تملك الأصل بعقد آخر[(١)].

بقي على هذا العقد اعتراضان هما: قيام المستأجر بالتأمين التجاري وصيانة العين المؤجرة وهما من تبعات المالك وليس المستأجر.

أجاب الدكتور الزحيلي عن التأمين التجاري بما يلي:

التأمين من تبعات الملك سواء قام به المؤجر نفسه بالتأمين على الأشياء والآلات والمعدات المؤجرة حفاظا على ملكه أو قام به العامل بالوكالة عن المؤجر ثم يخصم مقابل التأمين من الأجرة وتزاد عادة لتغطية ذلك.

والإجارة المنتهية بالتمليك كغيرها من العقود يكون التأمين فيها على المؤجر فإن قام به المستأجر من غير إذن المؤجر أو موافقته كان متبرعا[(٢)].

الصيانة:

إن الأصل في الصيانة الأساسية أن تكون واجبة شرعا على المؤجر في كل ما يتعلق ببقاء وصلاح العين المؤجرة لاستيفاء المنفعة منها، وكذلك بكل ما يتلف من أجزاء العين المؤجرة التي تدوم طويلا ولا تتلف عادة إلا بسبب عارض.

ويجوز أن تجعل تكاليف الصيانة العادية التي تحتاج إليها العين المستأجرة عادة نتيجة الاستعمال الطبيعي على عاتق المستأجر لأن هذا شيء معروف في العادة.

وأقر المجمع الفقهي السابق جواز توكيل المصرف للجهة المستأجرة صيانة العين المؤجرة مقابل مبلغ مقطوع.

ولا مانع شرعا أيضا من توكيل المصرف المستأجر بإجراء التأمين على المعدات محل الإيجار على نفقة المصرف.

ويجوز إجارة العين مع الوعد ببيعها في نهاية مدة الإجارة إلى المستأجر مقابل مبلغ رمزي أو حقيقي أو إعطاء المستأجر الخيار بعد انتهاء سداد الأقساط في الآتي:

ـ مد مدة الإجارة

---

(١) انظر الإجارة بين الفقه الاسلامي و التطبيق المعاصر: من ٦٧/ ٧١.

(٢) المعاملات المالية ص ٤٠٣.

ـ إنهاء عقد الإجارة

ـ شراء العين المؤجرة

ويرى البعض أن يكون هناك فصل بين عقد الإيجار وعقد البيع وهو ما رجحته في هذا البحث واللَّه أعلم بالصواب.

ملاحظة أساسية في الموضوع:

لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك صور مختلفة قد ذكرت بعضها وبينت الصور المقبولة شرعا في رأي جمهور الفقهاء من المجامع الفقهية المعاصرة لأن العقد جديد ليس له نظير في الفقه القديم.

ولا يجوز شرعا لمن يقرأ أو يسمع بجواز عقد الإيجار المنتهي بالتمليك ويتعامل معه عموما بدون التمييز بين المقبول والممنوع.

والممنوع باتفاق الفقهاء هو المنقول كما هو في البيئة الغربية خاصة في القانون الإنجليزي.

ورجحت جواز الصور المقبولة في الفقه بعد قراءة متواضعة لاختلافات الفقهاء في الموضوع والمقارنة بين الأدلة ومظانها، بناءا على أن العقود من العادات التي تحكمها المصالح ما لم تتناقض مع الشرع.

الخاتمة

بعد هذه الأعمال المتواضعة مع هذا البحث العلمي، فيما يتعلق بمعاملات الناس؛ وخاصة ما كان موضوع الدراسة؛ وهو الواقع وأثره في العقود من خلال نماذج العقود المستحدثة، فقد آن لي أن أسطر خلاصات هذا العمل ونتائجه بين أيدي الباحثين ومن لهم اهتمام بالموضوع.

النتائج التي توصلت إليها في هذا الكتاب:

خرجت الدراسة بنتائج مهمة أذكر أهمها:

١ ـ الشريعة الإسلامية شريعة خالدة، لاشتمالها على خصائص منها شمول الشريعة لأفعال المكلفين مع رعايتها لمصالحهم وأحوالهم من أجل المواءمة مع الوقائع المعروضة بملابساتها وظروفها للتيسير على المكلف، والناظر في طبيعة النصوص الشرعية يجد هذا الاعتبار جليا في صلة النصوص بأحوال المكلفين حيث ميزت بين أحوال الاختيار وأحوال الإضطرار وأطلقت على هذه السمة واقعية الشريعة الإسلامية.

٢ ـ الفقه الإسلامي فقه واقعي بذاته، لكونه نشأ من عملية ربط أفعال المكلفين بالشرع وهذه الواقعية المضبوطة بالشرع جعلت الفقه يتميز في منهجه في الاستنباط ودراسة الوقائع عن القوانين الوضعية المنبثقة من الإرادة البشرية بالدقة في المصطلحات والشمولية والغائية التي هي مراعاة مقصد المشرع، وهو اللّٰه جل جلاله. لذلك يقال منهج الفقهاء منهج غائي.

٣ ـ إذا كان منهج الفقه الإسلامي منهجا غائيا فيقتضي التمييز بين أحكام العبادات وأحكام المعاملات خاصة المعاملات المالية، لأن قسم المعاملات عموما يقول فيه الفقهاء: الفقه هو موافقة النصوص لمصالح الناس المقصودة شرعا، وهذا ما لاحظته من خلال البحث في المقارنة بين فقه الظاهرية والجمهور في العقود.

٤ ـ تقسيم تصرفات الناس من الأقوال والأفعال إلى تصرفات متعلقة بالعبادات والأصل فيها الأوامر. وتصرفات متعلقة بالعادات الأصل فيها المصالح. والعقود المالية من العادات، والعادات تقبل الاستحداث والتنوع ما لم تتناقض

مع أصل كلي ثابت لذلك قمت بالمقارنة بين المذاهب الفقهية لإبراز واقعية الفقه الإسلامي.

٥ ـ توصلت إلى نتيجة مهمة جدا وهي: أن المجتهد يحتاج إلى اجتهادين: اجتهاد في الفهم أي فهم قواعد الشرع التي تمكنه من فهم مقررات الشريعة والتمييز بين ثابث ومرن.

واجتهاد في التطبيق أي في فهم عناصر الواقعة فهما مفصلا في ملابستها وظروفها، لأن الأحكام في الشرع مطلقة والأفعال مشخصة ومقيدة وتنزيل المطلق المجرد عن الزمان والمكان على المقيد يحتاج إلى خبرة ميدانية بالنازلة المقصودة بالحكم.

٦ ـ جمعت أصول العقود من خلال النصوص الشرعية والقواعد العامة التي تفتح الباب في المستقبل للاستدراك والتصحيح والتقويم والتجديد في ميدان العقود وهذا من فضل اللَّه عز وجل، وأن العقود في الفقه أسباب جعلية شرعية وهو التعادل بن الغنم والغرم.

٧ ـ وإن العقود المسماة في الفقه الإسلامي لم تسم على سبيل الحصر وإنما الأصل فيها الجواز إلى ما خصه الدليل بالمنع، وهو مذهب الجمهور.

٨ ـ وحددت الأصول التي يتشدد فيها الفقه الإسلامي في الحكم على عقد من العقود المالية وهي:

١ ـ الربا

٢ ـ الغرر

٣ ـ تعدد الصفقة

٩ ـ وأن المذهب المالكي والحنبلي أعمق المذاهب في دراسة العقود حيث تجاوز تعدد الصفقة والجمع بين عقد البيع والإجارة بشروط ذكروها.

١٠ ـ الإيجار المنتهي بالتمليك عقد جديد له صور متعددة. والفقهاء يميزون بين الصور المقبولة شرعا وهي التي توفرت فيها شروط الجمع بين عقد البيع وعقد الإجارة أو الفصل بينهما بالتكييف الشرعي. أما كما هو متداول في البيئة الغربية التي لا تفرق بين الحلال والحرام فقد أفتى فيه الفقهاء المعتبرون بالمنع.

١١ ـ وأخيرا لا نحكم على العقد بالجواز لوجود نظيره في فقه من تقدم من السلف وإنما لعدم تخصيصه بدليل شرعي بالمنع أو مضاد لأصل ثابث، لأن الأصل في العقود الإباحة إلا ما خصه الدليل بالمنع.

١٢ ـ إن اتفاق العلماء على حكم الربا وإجماعهم على تحريمه لا يلزم منه اتفافقهم على التنزيل، وأعني أن حكم الربا شيء مقرر ومفروغ منه، وأما الحكم على أعيان المسائل بالربوية فهذا مجال واسع بين قائل به وبين ناف له. وأؤكد في هذا المجال أن الأخذ بالأحوط عند أهل العلم جعلهم يلجؤون في أحيان كثيرة إلى القول بالربا في معاملة جديدة، وبعد التبين والدراسة يتأكد بعدها عنها، و إنما ألجأهم إليها أن هذا الباب أسهل وأحوط.

١٣ ـ إن مفهوم مالية الأشياء يتحدد عرفا وعلى حسب ما اختاره كل جيل وفي أي زمان. وأقصد هنا أن ما كان مالا في زمان لا يلزم كونه كذلك في زمان آخر والعكس صحيح، وعليه فينبغي مراعاة واقع الناس في الحكم على الشيء بالتمول والمالية.

١٤ ـ ويجب على كل ناظر أن يميز في دراسة الأحكام الشرعية بين المنهج المتبع في قسم العادات والمنهج المتبع في العبادات. فكثيرا ما جاءت البلوى والتخليط في الأحكام من إلباس منهج علم من العلوم لعلم آخر مغاير له تماما، فينبغي عدم التسرع في جعل العلوم كلها تخضع لمنهج واحد.

١٥ ـ ومن الأمور التي توصلت إليها أن الفقيه لا بد له من الاستعانة بالخبراء في مجال المعاملات المالية حتى يكون الحكم الذي سوف يقرره آتيا من تصور واضح للموضوع وليس من ثقافة مزجاة أو مخلوطة لا تشفي نهم العلم والبحث فيه. ويغلب عليها في الأعم التعميم. وقديما قرر الفقهاء قاعدة أصيلة في هذا الباب وهي قولهم: الحكم على الشيء فرع عن تصوره. فمن تصور جامع مانع له فيقبل الحكم الذي ينطبق به كائنا من كان.

آفاق البحث:

بعد تسطير لأهم الخلاصات التي توصلت إليها، فإن البحث مع ذلك لا يزال مفتوحا على الباحثين للزيادة وبيان المناطق التي لا تزال بكرا وتحتاج إلى تخليص النظر فيها بشكل جدي وجريء ملجم بلجام العلم وضوابطه. ومن هذه الآفاف المنتظر استكمالها أذكر ما يلي:

١ ـ من الأمور المنتظر استكمالها التحقيق في مالية الأشياء. لقد عرف التطور الزمني تغييرا كبيرا في باب الأموال، فما لم يكن مالا عند الأولين كالماء والتراب والحجر والجراثيم، أصبح اليوم مالا متقوما، بل ومن أكبر مصادر الثروة والغنى، فلا يليق الإبقاء على نفس ما قرره العلماء لزمانهم مما كان أمامهم

منظورا وهو أن مثل هذه الأشياء لم تكن مالا ولا طريقا للكسب.

٢ ـ تعدد الصفقة في العقود المالية، إن بعض الفقهاء لم يعتبروا التعدد من الممنوعات في العقد، وضيقوا مجالها، لأن أصلها وماهيتها أن الشرط إذا كان له مقابل فهو من الربا، وإن لم يكن له مقابل فهو من تعدد الصفقة. وهنا وجب تحديد علاقة تعدد الصفقة بالربا. لأن كثيرا من العقود منعت بعلة تعدد الصفقة، وخاصة عند الأحناف.

٣ ـ في كثير من الأحيان ونظرا لضغط الواقع يتم تجويز كثير من العقود رغم القول بعدم جوازها بأصل الإستحسان، وهذا باب يجب تحريره وهو علاقة العقود المالية بالإستحسان، ودعت الحاجة إليه. فما كان حراما فلا يتم تحليله إلا بالضرورة، فكيف جاز تجاوز هذا المبدأ الشرعي إلى إضافة أمر آخر وهو الاستحسان حتى يتوافق مع ما قد قرروه سلفا. أليس القول بالأصل هو السديد في هذا الباب وتجاوز فقه الأولين الذي كان لزمانهم عوض الدخول في المضايق.

٤ ـ ومما هو بحاجة إلى إفراده بالدراسة الأصول الشرعية العامة الحاكمة على العقود المالية، وقد بينت طرفا منها في هذه الأطروحة ولكنها جاءت بابا من أبواب البحث وليس بحثا مستقلا قائما بذاته. فالأصول الشرعية الحاكمة على العقود هي ركن وعمود الكلام في الأموال كلها.

وأخيرا أرجو اللَّه تعالى التوفيق والسداد فيما سطرته، ولي اليقين أن ما كان من صواب فمن اللَّه عزوجل التوفيق، وما كان مخالفا فأسأل اللَّه تعالى المغفرة، وأن يكون هذا العمل مفتاحا للتسديد والتصويب لكل باحث سيأتي بعدي كي يكمل ما وقفت عنده.

الفهارس العامة

فهرسة
الآيات الكريمة

فهرسة الأحاديث النبوية

فهرس الأعلام المترجم لهم

لائحة المصادر والمراجع

القرآن الكريم، برواية ورش عن نافع

حرف الألف

١ ـ ابن تيمية حياته وعصره، آراؤه وفقهه، للإمام محمد أبو زهرة دار الفكر العربي.

٢ ـ **الأم**، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، مع مختصر المزني الطبعة الأولى ١٤٠٠ ـ ١٩٨٠ والطبعة الثانية ١٤٠٣ ـ ١٩٨٣.

٣ ـ **الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر**، لمحمد عبد العزيز حسن زيد.

٤ ـ **الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان**، ترتيب الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي المتوفى ٧٣٩هـ.

قدم له وضبط نصه كمال يوسف الحوت، مركز الخدمات والأبحاث الثقافية دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٨٧م.

٥ ـ **أحكام القرآن الكريم**، لأبي بكر محمد بن عبد اللَّه المعروف بابن العربي، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد عبد القادر عطا، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

٦ ـ **أحكام القرآن**، للإمام الشافعي، جمعه أبو بكر أحمد بن الحسيني البيهقي النيسابوري صاحب السنن عرَّف الكتاب محمد زاهد بن الحسن الكوثري، كتب هوامشه صاحب الفضيلة الشيخ عبد الغني عبد الخالق، النشر دار الكتب العلمية بيروت لبنان ت ١٩٧٥م.

٧ ـ **أحكام المعاملات الشرعية**، على الخفيف مطبعة حجازي بالقاهرة ط: الأولى ١٣٦٠ ـ ١٩٤١.

٨ ـ **الأحوال ونظرية العقد في الفقه وفلسفته دراسة مقارنة**، الدكتور محمد يوسف موسى. ط: دار الفكر العربي بتاريخ ١٩٨٧.

٩ ـ **إحياء علوم الدين**، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي دار الفكر.

١٠ ـ **إرشاد الفحول على تحقيق الحق من علم الأصول**، لمحمد بن علي الشوكاني، الطبعة دار الفكر.

١١ ـ **أساس البلاغة**، لجار اللَّه الزمخشري، مركز تحقيق التراث الطبعة الثالثة ١٩٨٦.

١٢ ـ **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية**، لجلال الدين عبد الرحمٰن السيوطي، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٨٣.

١٣ ـ **الأشباه والنظائر**، لزين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي ت ٩٧٠، تحقيق محمد مطيع الحافظ، دمشق دار الفكر الطبعة ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م.

١٤ ـ **الإصابة في تمييز الصحابة**، للحافظ ابن حجر العسقلاني، تحقيق علي محمد البجاوي، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م دار الجيل.

١٥ ـ **أصول السرخسي**، للإمام أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، حققه أبو الوفاء الأفغاني، دار المعرفة.

١٦ ـ **أصول الفقه**، للدكتور وهبة الزحيلي، طبعة دار الفكر.

١٧ ـ **الاعتصام**، للإمام المحقق الأصولي النظار أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

١٨ ـ **الاعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين**، لخير الدين الزركلي، دار العلم للملايين.

١٩ ـ **أعلام الموقعين عن رب العالمين**، للإمام شمس الدين أبي عبد اللَّه محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، طبعة دار الحديث.

٢٠ ـ **إغاثة اللهفان من مكايد الشيطان**، لابن قيم الجوزية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م.

٢١ ـ **الأموال في الفقه المالكي**، لمحمد العلوي العابدي، طبعة أفريقيا والشرق ١٩٩١.

٢٢ ـ **أنباه الرواة على أنباه النحاة**، للوزير علي بن يوسف القفطي توفي سنة ٤٦٤، تحقيق محمد بن الفضل، دار الفكر العربي القاهرة الطبعة الأولى ١٩٨٦م.

٢٣ ـ **انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة دراسة فقهية مقارنة**، الدكتور إبراهيم رفعت الجمال، دار الفكر الجامعي ٢٠٠٥.

حرف الباء

٢٤ ـ **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**، د. محمد سليمان الأشقر، والأستاذ الدكتور ماجد محمد أبو رخية والدكتور محمد عثمان شبير والدكتور سليمان الأشقر، الطبعة الأولى ١٤١٨ / ١٩٩٨م دار النفائس.

٢٥ ـ **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود.

٢٦ ـ **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، طبعة دار الكتب العلمية.

٢٧ ـ **بلغة السالك لأقرب المسالك**، الشيخ أحمد الصاوي على الشرح الصغير للقطب الشهير سيدي أحمد الدردير، وبالهامش شرح القطب الشهير سي أحمد الدردير، المطبعة الخيرية بدون تاريخ.

٢٨ ـ **بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية**، دراسة في ضوء النصوص والقواعد الشرعية، للدكتور يوسف القرضاوي، مؤسسة الرسالة.

حرف التاء

٢٩ ـ **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، تأليف العلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي رحمه اللّه دار المعرفة بيروت لبنان ط: ٢.

٣٠ ـ **تحرير الكلام في مسائل الالتزام**، للإمام أبي عبد اللّه محمد بن محمد الحطاب، تحقيق عبد السلام محمد الشريف، طبعة دار الغرب الإسلامي.

٣١ ـ **تخريج الفروع على الأصول**، للإمام أبي المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني، حققه وعلق على حواشيه الدكتور محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة الطبعة الخامسة ١٤٠٧ / ١٩٨٧.

٣٢ ـ **تذكرة الحفاظ**، لأبي عبد اللّه شمس الدين الذهبي، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت.

٣٣ ـ **التعريفات**، للشريف علي بن محمد الجرجاني، تحقيق إبراهيم الأيساري، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م دار الكتاب العربي.

٣٤ ـ **تفسير المنار،** للأستاذ محمد رشيد رضا، أتمه وعلق عليه القاضي الشيخ محمد أحمد كنعان، مراجعة زهيرة الشاوش، المكتبة الإسلامية الطبعة الأولى ١٤٠٤ / ١٩٨٤م.

٣٥ ـ **التلخيص الحبير،** في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، وقد طبع في مطبعة الأنصاري وهي طبعة قديمة غير محققة.

٣٦ ـ **التلويح على التوضيح،** لسعد الدين التفتازاني، مطبعة بابي الحلبي.

٣٧ ـ **تنوير الأبصار،** للعلامة الحصكفي، الطبعة الثالثة: مطبوع مع الدر المختار، مصطفى البابي الحلبي.

٣٨ ـ **تنوير المقباس لابن عباس،** المطبوع بهامش الدر المنثور لجلال الدين عبد الرحمٰن السيوطي، جمادى الأولى سنة ١٣٧٧هـ وطبعة دار الفكر ١٩٨٣.

٣٩ ـ **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد،** للحافظ أبي عمر يوسف بن عبد اللَّه بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، طبعة المملكة المغربية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

٤٠ ـ **تيسير التحرير،** محمد أمين المعروف بأمير بادشاه البخاري، محمد أمين، دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ لبنان. بدون طبعة ولا تاريخ.

حرف الجيم

٤١ ـ **جامع الأمهات،** الفقيه جمال الدين بن عمر بن الحاجب، تحقيق: أبو عبد الرحمٰن الأخضر الأخضري، اليمامة ـ دمشق، الطبعة الأولى: ١٤١٩ ـ ١٩٩٩.

٤٢ ـ **جامع البيان عن تأويل الذكر الحكيم،** لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، مطبعة مصطفى بابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الثانية: ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م.

٤٣ ـ **الجامع في أصول الربا،** للدكتور رفيق يونس المصري، دار القلم دمشق.

٤٤ ـ **الجامع لأحكام القرآن،** لأبي عبد اللَّه محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الكتب العلمية.

٤٥ ـ **جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل،** تأليف الشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري، ضبطه وصححه الشيخ محمد عبد العزيز الخالدي، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية.

٤٦ ـ **الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة،** للعلامة الفقيه حسن بن محمد

المشاط، دراسة وتحقيق الدكتور عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان، طبعة دار الغرب الإسلامي.

٤٧ ـ **الجوهر النقي مطبوع مع السنن الكبرى للبيهقي.**

حرف الحاء

٤٨ ـ **الحاجة الشرعية**، حدودها وقواعدها، أحمد كافي، دار الكتب العلمية ـ بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٤ ـ ٢٠٠٤.

٤٩ ـ **حاشية الدسوقي**، للعلامة محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، على الشرح الكبير للشيخ أبي البركات سيدي أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، وبالهامش تقريرات العلامة المحقق محمد بن أحمد بن محمد الملقب بعليش خرج آياته وأحاديثه محمد عبد اللَّه شاهين، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية.

٥٠ ـ **حاشية الرهوني على شرح الزرقاني**، دار الفكر ١٩٨٧ بيروت.

٥١ ـ **حاشية الزرقاني على مختصر خليل**، مطبعة فندي مصطفى بمصر.

حرف الذال

٥٢ ـ **الذخيرة**، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى ١٩٩٤م.

حرف الخاء

٥٣ ـ **خواتم الذهب على المنهج المنتخب**، لعبد الواحد بن محمد بن إبراهيم الأمزوري الهلالي، صورة عن مخطوطة أصلية في خزانتي الخاصة.

حرف الراء

٥٤ ـ **رد المحتار على الدر المختار**، المعروف بحاشية ابن عابدين للعلامة محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، تكملة عابدين الدمشقي ويليه تكملة الحاشية المسماة قرة عيون الأخبار للسيد محمد علاء الدين افندي وهو ابن الشيخ

محمد أمين طبعة جديدة حققها على نسخة خطية وخرج أحاديثها وعلق عليها صبحي حسن حلاق وعامر حسين وصححها مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي.

٥٥ ـ **روضة الطالبين وعمدة المفتين،** للإمام النووي، إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي الطبعة الثانية ١٤٠٥ ـ ١٩٨٧.

حرف السين

٥٦ ـ **السلسلة القانونية نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي،** لحليمة أيت حمودي، دار الحداثة لبنان ط: ١ ـ ١٩٨٦، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها للشيخ محمد ناصر الدين الألباني المكتب الإسلامي الطبعة الأولى ١٣٩٢ ـ ١٩٧٣.

٥٧ ـ **سنن ابن ماجه،** الحافظ أبي عبد اللَّه محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه.

٥٨ ـ **سنن الدارقطني** لشيخ الإسلام الحافظ الإمام علي بن عمر الدارقطني، وبذيله التعليق المغني على الدارقطني لأبي طيب محمد أباي مطبعة عالم الكتب الطبعة الثانية ١٤٠٣ ـ ١٩٨٢م.

٥٩ ـ **السنن الكبرى،** لإمام المحدثين الحافظ الجليل أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى ٤٥٨ هـ، وفي ذيله الجوهر النقي للعلامة علاء الدين بن علي بن عثمان المرديني الشهير بابن التركماني، المتوفى ٧٤٥هـ، طبعة دار الفكر.

٦٠ ـ **سنن النسائي،** لأحمد بن علي النسائي.

حرف الشين

٦١ ـ **شجرة النور الزكية عن طبقة المالكية،** للشيخ محمد بن محمد مخلوف، طبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٦٢ ـ **شرح ابن بطال على صحيح البخاري،** للشيخ العلامة أبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك ابن بطال البكري القرطبي، المتوفى ٤٤٩هـ، حققه وخرج أحاديثه عبد القادر عطا، منشورات محمد علي بيضون دار المكتبة العلمية بيروت لبنان.

٦٣ ـ **شرح السنة**، لأبي محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي، تحقيق شعيب الأرناؤوط، المكتب الإسلامي ـ دمشق، الطبعة الأولى: ١٩٧٤.

٦٤ ـ **شرح المجلة**، للمرحوم سليم رستم باز اللبناني من أعضاء شورى الدولة العثمانية سابقاً، طبعة ثالثة مصححة ومنقحة دار الكتب العلمية.

٦٥ ـ **شرح فتح القدير**، للشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد المعروف بابن الهمام الحنفي، مع تكملة نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار للمولى شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده، مع الكفاية لمولانا جلال الدين الخوارزمي الكرلاني على الهداية شرح بداية المبتدي لشيخ الإسلام، برهان الدين الحنفي، وبهامشه شرح العناية على الهداية للإمام محمد بن محمد البابرتي ـ دار إحياء التراث العربي.

٦٦ ـ **شرح صحيح مسلم**، للإمام النووي، دار الريات للتراث، الطبعة الأولى ١٤٠٧ ـ ١٩٨٧، القاهرة.

٦٧ ـ **شرح مرشد الحيران إلى معرفة أصول الإنسان**، من المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ملائماً لسائر الأقطار الإسلامية، لمحمد زيد الأبياني.

حرف الصاد

٦٨ ـ **صحيح البخاري**، لأبي عبد اللَّه محمد بن إسماعيل البخاري.

٦٩ ـ **صحيح الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير)**، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، الطبعة المجددة والمزيدة والمنقحة، أشرف على طبعه زهير الشاويش ـ المكتب الإسلامي.

٧٠ ـ **صحيح مسلم**، لأبي الحسن مسلم بن الحجاج النيسابوري.

حرف الطاء

طرح التثريب في شرح التقريب، وهو شرح على المتن المسمى بتقريب الأسانيد وترتيب المسانيد لزين الدين أبي الفضل عبد الرحيم بن الحسين العراقي، وهذا الشرح لولده الحافظ الفقيه ولي الدين أبي زرعة العراقي إعداد مركز البحوث والدراسات، مكتبة نزار مصطفى الباز، تحقيق حمدي الدمرداش محمد.

طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، نجم الدين أبي حفص عمر بن محمد النسفي، ضبط وتعليق وتخريج: الشيخ عبد الرحمٰن العك، دار النفائس ـ بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٦ ـ ١٩٩٥.

حرف العين

٧١ ـ **عارضة الأحوذي شرح صحيح الترمذي**، للإمام الحافظ ابن العربي المالكي، دار الفكر.

٧٢ ـ **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، لبدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني، طبعة دار إحياء التراث العربي.

٧٣ ـ **العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة**، دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته المكية.

٧٤ ـ **العقود الشرعية في المعاملات المالية المصرفية**، المرابحة ـ المضاربة ـ دراسة مقارنة، للدكتور محمود محمد حسن، جامعة الكويت ١٩٩٧.

٧٥ ـ **عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة**، تأليف جلال الدين عبد اللَّه بن نجيم بن شاس، دراسة وتحقيق الدكتور حميد بن محمد لمحمد، دار الغرب الإسلامي.

٧٦ ـ **عون المعبود في شرح سنن أبي داود**، للعلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم ابادي، مع تعليقات الحافظ شمس الدين ابن القيم الجوزية، طبعة دار الفكر.

حرف الغين

٧٧ ـ **الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي**، الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، الطبعة الأولى ١٩٦٧.

٧٨ ـ **غياث الأمم في التياث الظلم**، لإمام الحرمين الجويني، تحقيق دكتور عبد العظيم الديب، الطبعة الثانية ١٤٠١.

حرف الفاء

٧٩ ـ **الفائق في غريب الحديث**، جار اللَّه محمود بن عمر الزمخشري، تحقيق:

علي بن محمد البجاوي ومحمد أبو الفضل، المكتبة العصرية ـ بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٦ ـ ٢٠٠٥.

٦٠ ـ **فتح الباري بشرح صحيح البخاري،** للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، طبعة مصححة على عدة نسخ وعن النسخة التي حقق أصولها وأجازها الشيخ عبد العزيز بن عبد اللَّه بن باز، دار الفكر ١٤١١هـ ـ/ ١٩٩٠م.

٨١ ـ **الفتح المبين في طبقات الأولين،** لعبد اللَّه مصطفى المراعي، طبع ونشر عبد الحميد أحمد حنطي مصر.

٨٢ ـ **الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم،** تأليف العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام وبهامشه فتاوى قاضيخان البزازية وهو للإمام عز الدين حسن منصور الأوزجندي الفرغاني الحنفي، دار إحياء التراث العربي ط: ٣ ـ ١٩٨٠.

٨٣ ـ **الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية،** الدكتور الشيخ مصطفى بابي الحلبي الدار الجامعية للطباعة والنشر ١٩٨٢.

٨٤ ـ **الفقه المالكي الميسر،** للدكتور وهبة الزحيلي، دار الكلم الطيب ـ دمشق ـ بيروت.

٨٥ ـ **فلسفتنا،** محمد باقر الصدر، دار المعارف للمطبوعات.

٨٦ ـ **الفهرسة،** لمحمد إسحاق المعروف بابن الشيخ.

حرف القاف

٨٧ ـ **القواعد النورانية الفقهية،** لأحمد تقي الدين بن تيمية، حققه أحمد القاضي، الطبعة الثانية ١٩٧٩.

٨٨ ـ **القول الفصل في البيع بالأجل،** الشيخ عبد الرحمٰن عبد الخالق، مكتبة ابن تيمية الكويت الطبعة الأولى ١٤٠٦ ـ ١٩٨٥.

حرف الكاف

٨٩ ـ **كتاب العين،** لأبي عبد الرحمٰن الفراهيدي، تحقيق الدكتور مهدي والدكتور إبراهيم السامرائي، دار الرشيد للنشر سلسلة المعاجم والفهارس الجمهورية العراقية وزارة الثقافة والإعلام.

٩٠ ـ **كتاب الفروق أنوار البروق في أنوار الفروق،** للإمام العلامة شهاب الدين أبي

العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمٰن الصنهاجي المشهور بالقرافي، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، د. محمد أحمد شراج، أ.د علي جمعة محمد.

٩١ ـ **كشاف اصطلاحات الفنون**، تأليف محمد علي الفاروقي التهانوي، حققه الدكتور لطفي عبد البديع، ترجم النصوص الفارسية الدكتور عبد النعيم محمد حسنين، راجعه الأستاذ أمين الخولي، القاهرة: مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٦٣ ـ ١٩٧٢.

٩٢ ـ **كشف الأسرار عن أصول البزدوي**، لعلاء الدين عبد العزيز البخاري، طبع في المكتب الأنابيع، بمعرفة حسن حلمي الراوي ١٤٠٧هـ.

حرف اللام

٩٣ ـ **لسان العرب**، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور، دار المعارف.

حرف الميم

٩٤ ـ **المبسوط**، لشمس الأئمة السرخسي، الطبعة الثانية دار الفكر.

٩٥ ـ **مبدأ الرضا في العقود**، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، والقانون المدني الروماني والفرنسي والانجليزي والعراقي للدكتور علي محمد الدين علي القرداغي، الطبعة الأولى ١٩٠٦ ـ ١٩٨٥ دار البشائر الإسلامية.

٩٦ ـ **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة ٨٠٧ هـ. وبتحرير الحافظين الجليلين العراقي وابن حجر، منشورات دار الكتاب العربي بيروت لبنان، ١٤٠٢هـ ـ/ ١٩٨٢ الطبعة الثالثة.

٩٧ ـ **مجموع رسائل ابن عابدين**، للفقيه محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين.

٩٨ ـ **المجموع شرح المهذب**، للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، تحقيق الدكتور محمود مطرحي، دار الفكر.

٩٩ ـ **مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية**، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع الرياض.

١٠٠ ـ **المحلى بالآثار**، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري، طبعة دار الفكر.

١٠١ ـ **المدخل للفقه الإسلامي تاريخه مصادره**، نظرية الملك والعقد قواعده الكلية، لعيسوي أحمد عيسوي، ط: ١ دار التأليف.

١٠٢ ـ **مدونة الفقه المالكي وأدلته**، تأليف الدكتور الصادق عبد الرحمٰن الغرياني، مؤسسة الريان، الطبعة الأولى ١٤٢٣ / ٢٠٠٢م.

١٠٣ ـ **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**، لمحمد قدري باشا، قدم له وعلق عليه وفهرسه الدكتور صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، ط: الدار العربية للتوزيع والنشر عمان الأردن.

١٠٤ ـ **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، للدكتور عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي ـ مؤسسة التاريخ العربي بيروت لبنان.

١٠٥ ـ **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، للرافعي لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي ٧٧٠ بيروت المكتبة العلمية.

١٠٦ ـ **مصنف ابن أبي شيبة**.

١٠٧ ـ **المضاربة**، للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق ودراسة وتعليق الدكتور عبد الوهاب حواس ط: ١ تاريخ ١٤٠٩ ـ ١٩٨٩.

١٠٨ ـ **المعاملات المالية المعاصرة**، للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر.

١٠٩ ـ **معاني القرآن وإعرابه**، للزجاج، شرح وتحقيق دكتور عبد الجليل عبده شلبي، دار الحديث القاهرة.

١١٠ ـ **المعجم الأوسط**، للحافظ الطبراني، تحقيق الدكتور محمود الطحان، مكتبة المعارف الرياض.

١١١ ـ **المعجم الفلسفي بالألفاظ العربية والفرنسية والانجليزية واللاتينية**، للدكتور جميل صليبا، دار الكتاب بلبنان.

١١٢ ـ **المعجم الكبير**، للحافظ الطبراني، حققه حمدي عبد المجيد السلفي، الدار العربية للطباعة بغداد، الطبعة الأولى ١٣٩٩ ـ ١٩٧٩م.

١١٣ ـ **معجم المؤلفين**، تراجم مصنفي الكتب العربية، تأليف عمر رضا كحالة، الناشر مكتبة المثنى بيروت دار إحياء العربي بيروت.

١١٤ ـ **معجم المصطلحات الفقهية والقانونية للدكتور جرجيس**، الطبعة الأولى ١٩٩٦.

١١٥ **موسوعة فقه ابن تيمية**، تأليف الدكتور محمد رواس قلعة جي، الطبعة دار النفائس ١٤١٩ ـ ١٩٩٨.

١١٦ ـ **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، شرح الشيخ محمد الشربيني الخطيب على متن المنهاج، لزكريا يحيى بن شرف النووي، الناشر دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.

١١٧ ـ **المفردات في غريب القرآن**، للشيخ أبي القاسم الحسين بن محمد بن الفضل الراغب الأصفهاني مطبعة مصطفى بابي الحلبي بمصر.

١١٨ ـ **المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات**، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، خرج آياته وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية.

١١٩ ـ **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، للشيخ أبي زهرة دار الفكر العربي.

١٢٠ ـ **الملل والنحل**، لأبي الفتح محمد بن عبد الكريم بن أحمد الشهرستاني، تحقيق محمد سيد غيلاني، دار المعرفة بيروت.

١٢١ ـ **المنتقي شرح موطأ مالك**، للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي، بتحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

١٢٢ ـ **منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات**، لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي ابن النجار، تحقيق عبد الغني عبد الخالق، القاهرة مكتبة دار العروبة ١٩٦١.

١٢٣ـ **المنثور في القواعد**، للزركشي بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي، حققه الدكتور تيسير فائق أحمد محمود، وراجعه الدكتور عبد الستار أبو غدة، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الأولى ١٤٠٢ ـ ١٩٨٢.

١٢٤ ـ **المهذب**، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي توفي سنة ٤٧٦هـ، عيسى البابي الحلبي وشركاؤه ـ بمصر.

١٢٥ ـ **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، لأبي عبد اللَّه محمد بن محمد بن عبد الرحمٰن المغربي المعروف بالحطاب، وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد اللَّه محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق، دار الفكر.

١٢٦ ـ **الموطأ رواية يحيى بن يحيى الليثي**، للإمام مالك بن أنس ١٧٩، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، القاهرة دار إحياء الكتب العربية.

حرف النون

١٢٧ ـ **نصب الراية لأحاديث الهداية**، الحافظ عبد اللَّه بن يوسف الحنفي الزيلعي المكتبة الإسلامية ١٣٩٣هـ.

١٢٨ ـ **نظرية العقد**، ابن تيمية، القاهرة: مكتبة السنة المحمدية، [ـ ١٩؟].

١٢٩ ـ **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، في الفقه على مذهب الإمام الشافعي: لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض.

١٣٠ ـ **النهاية في غريب الحديث، والأثر**، مجد الدين المبارك بن محمد الجزري بن الأثير، تحقيق: د. عبد الحميد هنداوي، المكتبة العصرية ـ بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٦ ـ ٢٠٠٥.

١٣١ ـ **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار**، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، الناشر مكتبة دار التراث.

حرف الواو

١٣٢ ـ **الوجيز في العقود المسماة**، في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، للأستاذ محمد محجوبي، الطبعة الأولى ١٩٩٦/ ١٩٩٧.

١٣٣ ـ **الوجيز في مبادئ الالتزام**، للدكتور رمضان أبو السعود، الطبعة الثانية ١٩٧٩.

بحوث ودراسات بالمجلات

١٣٤ ـ **الاستثمار الأربوي في نطاق عقد المرابحة**، د. حسن عبد اللَّه الأمين. المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي جامعة الملك عبد العزيز جدة، مجلة المسلم المعاصر س٩ ع٣٥ رجب ١٤٠٣ / مايو ١٩٨٣.

١٣٥ ـ **الإيجار المنتهي بالتمليك**، للشيخ عبد اللَّه المحفوظ بن بيه، نشر مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع٥ ج٤ من ص ٢٦٦١.

١٣٦ ـ **الإيجار المنتهى بالتمليك**، إعداد الدكتور حسن الشادلي، النشر مجلة مجمع

الفقه الإسلامي الدورة ٥ع. ٥ج ٤/ ١٤٠٩ ١٩٨٨م ص ٢٦٠٩ فما فوق.

١٣٧ ـ **الأعمال المصرفية في الإطار الإسلامي**، للدكتور جمال الدين عطية، نشرته مجلة المسلم المعاصر السنة ١٠ ع٣٨ ربيع الثاني ـ جمادى الأولى ١٤٠٤هـ.

١٣٨ ـ **البند الجزائي في عقد الليزينك**، مجلة المحاكم المغربية ع٦٨ من ص ١١.

١٣٩ ـ **بيع الاسم التجاري والتراخيص**، للدكتور عجيل جاسم النشمي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ع٥ ج٣ من ٢٢٦٧.

١٤٠ ـ **بيع التقسيط**، إعداد فضيلة الدكتور إبراهيم فاضل الدبو، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة ٦ع. ٦ج ١ ١٤١٠ ـ ١٩٩٠ من ص ٢١٧.

١٤١ ـ **بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية**، إعداد الدكتور يوسف القرضاوي، مجلة الأمة القطرية ع٦٤ ربيع الأخير ١٤٠٦ دسمبر ١٩٨٥ من ص ٨.

١٤٢ ـ **بيع المرابحة للآمر بالشراء**، إعداد الدكتور سامي حمود، البنك الإسلامي للتنمية جدة مجلة المسلم المعاصر من ١٤٥.

١٤٣ ـ **حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة**، للدكتور علي محيي الدين القره داغي، بحث ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي منظمة المؤتمر الإسلامي جدة الدورة السادسة ع٦ ج٢، ١٤٠ / ١٩٩٠ من ص ٢٢٣ ـ ٢٦٣.

١٤٤ ـ **مجلة البنوك الإسلامية**، ع١٣ شوال ١٤٠١ / ١٩٨١.

١٤٥ ـ **الجريدة المغربية**، عدد ٥١٧٢.

١٤٦ ـ **كشف الغطاء عن بيع المرابحة للآمر بالشراء**، إعداد الدكتور رفيق المصري، المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد دار الإسلامي جامعة الملك عبد العزيز جدة، مجلة المسلم المعاصر من ص ١٧٩ ع٣٥ رجب / شعبان / رمضان ١٤٠٣ / ١٩٨٣.

١٤٧ ـ **نظرة جديدة للسلف**، إعداد الدكتور رفيق المصري، مجلة الأمة القطرية ع٣٩ س٤ ربيع الأول ١٤٠٤ دسمبر ١٩٨٣.

١٤٨ ـ **في بيع الأجل**، إعداد الدكتور رفيق المصري، مجلة الأمة القطرية جمادى الآخرة ١٤٠٦ / ١٩٨٥ ع٦٤ من ص ١٨.

١٤٩ ـ **مميزات عقود الإجارة على عقود البيع للمؤسسات المالية الإسلامية والعملاء**، دراسة فقهية تطبيقية، د. محمد عبد الرزاق السيد إبراهيم

الطبطبائي، نشر مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، علمية محكمة تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت س١٨ ع٥٤ رجب ١٤٢٤ سبتمبر ٢٠٠٣.

١٥٠ ـ **الوفاء بالوعد،** إعداد الدكتور عبد اللَّه محمد عبد اللَّه، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة ٥ع ٥ج ٥ج٢ ١٩٨٨ ١٤٠٩ من ص ٧٨٧.

١٥١ ـ **الوفاء بالوعد،** إعداد الدكتور يوسف القرضاوي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي. الدورة ٥ ع٥ ج٢ ١٤٠٩ ١٩٨٨ من ص ٨٤١.

فهرس المحتويات

الباب الثاني

أثر الواقع في تطور أنواع عقود «الأصول الشرعية العامة الحاكمة على العقود المالية»

الباب الثالث

أثر الواقع في تطور صيغ التعاقد